

# **BOLETÍN DE LA** **ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA** **Y LEGISLACIÓN DE BALEARES**

# **X**

PALMA DE MALLORCA, 2009

Con la colaboración de:



**Parlament de les Illes Balears**

Impreso en IMPRENTA MALLORQUINA  
Santo Cristo, 10 - Teléfono 971 72 22 51  
07001 Palma de Mallorca  
Depósito Legal: P.M. 981 - 1989

# SUMARIO

I	ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BALEARES	
	Académicos de numero por orden de antigüedad,	
	Académico electo, Académico de honor . . . . .	pag. 7
	Académicos de número fallecidos . . . . .	pag. 8
II	JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA. . . .	pág. 9
III	EL APODERAMIENTO O MANDATO PREVENTIVO	
	EDUARDO MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMÉS .....	pág. 11
IV	SOBRE EL DERECHO CONSUETUDINARIO BALEAR COMO FUENTE Y COMO TRADICIÓN JURÍDICA	
	ANSELMO MARTINEZ CAÑELLAS . . . . .	pág. 31
V	¿COSTUMBRES NORMATIVAS AÚN EN EL SIGLO XXI?	
	(Paráfrasis sobre temas suscitados por la obra ganadora del V Premio Luis Pascual González)	
	MIQUEL MASOT MIQUEL. . . . .	pág. 85
VI	REFINANCIACIÓN BANCARIA Y CONCURSO DE ACREEDORES. SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS DE REFORMA	
	GUILLERMO ALCOVER GARAU . . . . .	pág. 99
VII	MEDIDAS SUCESORIAS A FAVOR DEL DESCENDIENTE CON INCAPACIDAD . . . . .	pág. 111
VIII	NECROLÓGICAS DE ACADÉMICOS FALLECIDOS	
	Sesiones en recuerdo de Miguel Coll Carreras, Andrés Rullán Castañer, Joan Vidal Perelló y Juan Blascos Serra . . . . .	pág. 125

1.- De MIGUEL COLL CARRERAS . . . . .	pág. 125
2.- De ANDRÉS RULLAN CASTAÑER . . . . .	pág. 140
3.- De JOAN VIDAL PERELLO . . . . .	pág. 154
4.- De JUAN BLASCOS SERRA . . . . .	pág. 163

## IX ÍNDICE DE LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN LOS NUEVE PRIMEROS BOLETINES DE LA ACADEMIA Y RELACIÓN DE LAS COLABORACIONES DE LOS ACADÉMICOS EN LA REVISTA MISSÈR DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE BALEARES

TOMAS MIR DE LA FUENTE . . . . .	pág. 169
----------------------------------	----------

### 1º.- ÍNDICES ACUMULADOS

DE LOS BOLETINES I a IX . . . . .	pág. 170
-----------------------------------	----------

1. ÍNDICE DE ACTIVIDADES ACADÉMICAS . . . . .	pág. 170
---	----------

a) Discursos de apertura de Curso. . . . .	pág. 170
--	----------

b) Discursos de ingreso y contestaciones . . . . .	pág. 171
--	----------

c) Sesiones necrológicas . . . . .	pág. 173
------------------------------------	----------

d) Estudios doctrinales . . . . .	pág. 173
-----------------------------------	----------

e) Conferencias . . . . .	pág. 174
---------------------------	----------

f) Comentarios de sentencias . . . . .	pág. 174
--	----------

g) Premios Luis Pascual González. . . . .	pág. 175
---	----------

2. ÍNDICE POR MATERIAS . . . . .	pág. 176
----------------------------------	----------

a) Sobre Derecho Civil de Baleares . . . . .	pág. 176
--	----------

b) Sobre Derecho Civil . . . . .	pág. 177
----------------------------------	----------

c) Sobre Derecho Administrativo . . . . .	pág. 178
---	----------

d) Sobre Derecho Penal. . . . .	pág. 179
---------------------------------	----------

e) Sobre Derecho Procesal . . . . .	pág. 179
-------------------------------------	----------

f) Sobre Derecho Mercantil . . . . .	pág. 180
--------------------------------------	----------

g) Sobre Derecho Canónico. . . . .	pág. 180
------------------------------------	----------

h) Sobre Derecho Laboral . . . . .	pág. 181
------------------------------------	----------

i) Sobre Derecho Tributario . . . . .	pág. 181
---------------------------------------	----------

3. INDICE DE AUTORES . . . . .	pág. 181
2°.- RELACIÓN DE LOS ARTÍCULOS DE ACADÉMICOS PUBLICADOS EN LA REVISTA MISSÈR . . . . .	pág. 188



# **I.- ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BALEARES**

## **ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD**

Ilmo. Sr. D. Bernardo Cardona Escandell  
Ilmo. Sr. D. Gabriel Garcías Planas  
Ilmo. Sr. D. Rafael Gil Mendoza  
Ilmo. Sr. D. Miquel Masot Miquel  
Ilmo. Sr. D. Tomás Mir de la Fuente  
Ilmo. Sr. D. José Zaforteza Calvet  
Ilmo. Sr. D. Raimundo Clar Garau  
Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez  
Ilmo. Sr. D. Jaime Ferrer Pons.  
Ilmo. Sr. D. Antonio Pérez Ramos.  
Ilmo. Sr. D. Rafael Perera Mezquida  
Ilmo. Sr. D. Miguel Suau Rosselló  
Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera  
Ilmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal  
Ilmo. Sr. D. José Cerdá Gimeno  
Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Isabel Tapia Fernández  
Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana  
Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo

### **ACADÉMICO ELECTO**

Sr. D. Josep Maria Quintana Petrus

### **ACADÉMICO DE HONOR**

Ilmo. Sr. D. Angel Reigosa Reigosa

## ACADÉMICOS DE NUMERO FALLECIDOS

Ilmo. Sr. D. Juan Blascos Serra

Ilmo. Sr. D. Miguel Coll Carreras

Ilmo. Sr. D. Francisco Noguera Roig

Ilmo. Sr. D. Antonio Puerto Planas

Ilmo. Sr. D. Andrés Rullán Castañer

Ilmo. Sr. D. Francisco Téllez Miguélez

Ilmo. Sr. D. Joan Vidal Perelló



## **II.- JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA**

### **Presidente**

Ilmo. Sr. D. Miquel Masot Miquel

### **Vicepresidente**

Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera

### **Censor**

Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana

### **Tesorero**

Ilmo. Sr. D. Bernardo Cardona Escandell

### **Secretario**

Ilmo. Sr. D. Tomás Mir de la Fuente

### **Vicesecretario**

Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo



### III.- EL APODERAMIENTO O MANDATO PREVENTIVO

**Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés**

*El presente trabajo corresponde a la conferencia pronunciada el 20 de Noviembre de 2008 por el entonces Presidente de la Academia Eduardo Martínez-Piñeiro. En ella desarrolló el hoy tan actual tema del apoderamiento o mandato preventivo, con el que se estructura una situación jurídica que en el futuro podrá ser de aplicación, si el poderdante llega a tener seriamente mermadas sus facultades intelectuales. Esta conferencia supuso la inauguración del curso académico 2009-2010 así como el último acto académico en el que Eduardo Martínez-Piñeiro intervino como Presidente de la Academia, cargo que desempeñó a lo largo de 8 años.*

Las ciencias adelantan que es una barbaridad. Si la memoria no me falla esta frase era de una canción/ un cuplé de moda a principios del siglo XX. Y es cierto que las ciencias adelantan y no menos cierto es que entre estos adelantos se encuentran los de la medicina y ramas del saber conexas que han conseguido un espectacular incremento de la esperanza de vida; lo que nos llena de satisfacción –de seguro que en el siglo XIX yo no les estaría ahora dando la vara– y al mismo tiempo provoca inquietud y alarma, pues a nadie se le escapa que con el paso de los años todos nos vamos deteriorando y se está produciendo un gran aumento de las enfermedades de carácter degenerativo (Alzheimer y de Pick, fundamentalmente).

Y como el Derecho es para la vida, el legislador debe tomar en consideración esta nueva situación y tratar de solucionar el problema. Entre nosotros la ley 41/2003, de 18 de noviembre, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el artº. 49 de la Constitución, ha dispuesto una serie de mecanismos encaminados a lograr la igualdad entre personas con discapacidad y el resto de los ciudadanos, tal como exige el artº. 9.2 de la propia Constitución.

Esta Ley –que lleva por rúbrica “de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del C.c., de la L.E.C. y de la Normativa Tributaria con esta finalidad– tiene por objeto inmediato la regulación del patrimonio especialmente protegido, masa patrimonial que queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos al mismo. Además, incorpora distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de las personas con discapacidad: modificaciones en el derecho de sucesiones (artºs. 756, nueva causa de indignidad; 782, permitiendo que una sustitución fideicomisaria grave la legítima estricta cuando ello beneficie a un descendiente judicialmente incapacitado; 822, en materia de computación; 831, ampliación de las facultades del testador para poder conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto –protección indirecta de las personas con discapacidad–; y 1041, todos ellos del C.c., dispensa de colación de los gastos realizados para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes con discapacidad); modificación del contrato de alimentos, nuevos artºs. 1791 a 1797 de dicho cuerpo legal que regulan los alimentos convencionales, ampliando así las posibilidades que ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad, como los ancianos; modificaciones de la normativa tributaria, mediante las que se adoptan una serie de medidas para favorecer las aportaciones a título gratuito a los patrimonios protegidos,

reforzando los importantes beneficios fiscales que, a favor de las personas con discapacidad, había introducido la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del I.R.P.F. y por la que se modifican las leyes del Impuesto sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes; y la regulación de la autotutela (posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacidad) en el artº. 223 C.c., materia de la que me ocupé extensamente en el trabajo con el que colaboré en los “Estudios de homenaje a Miguel Coll Carreras”, siendo complemento de esta regulación la reforma del artº. 1732 C.c., “con objeto de establecer –como leemos en la E. de M. de la mentada Ley 41/2003– que la incapacidad judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuidad a pesar de la incapacidad, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el Juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor”.

Y llegamos así al tema central de nuestra charla, los denominados “mandatos de protección” por ARROYO I AMAYUELAS, que afirma haber tomado esta expresión del profesor de la Universidad de Montreal, CLAUDE FABIEN, o “apoderamientos preventivos” por MARTÍNEZ GARCÍA Y RIBELLES DURÁ, recogiendo, quizás, la terminología del Borrador, de lo que ha pasado a ser la Ley 41/2003, –versión 18-02-2002– que incluía la regulación de la autotutela en su disposición final sexta juntamente con las modificaciones en materia de poderes, o “aprovechamientos o mandatos preventivos” (BERROCAL LANZAROT) que es la que hemos utilizado nosotros como título de este parlamento.

## **I.- CONCEPTO Y CARACTERES.**

Con la reforma operada en el artº. 1732 C.c. por la Ley 41/2003, éste queda redactado del siguiente modo: “El mandato se acaba: 1º Por su revocación. 2º Por renuncia o incapacidad del mandatario. 3º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.- El mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.

Dos puntualizaciones antes de continuar:

1ª) La posibilidad de prórroga del mandato ordinario, su no-extinción a pesar de la incapacitación posterior del mandante, dependiente, no sólo de la voluntad de éste, sino también de la discrecionalidad judicial, la cual se aplica también en la autotutela, de acuerdo con lo prevenido en los artºs. 224 y 234 C.c. y por continuar manteniéndose el sistema de tutela de autoridad en su modalidad judicial, introducido por la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

2ª) Matización de la anterior reforma del artº. 1732, efectuada mediante la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del C.c. y de la L.E.C., que consistió en reintroducir la incapacitación como causa de extinción del mandato, “desfaciendo” así el lapsus en que había incurrido la Ley 6/1984, de 31 de marzo, que había borrado del 1732 la “interdicción” como causa de extinción del mandato, por cuanto la incapacitación –bajo el nombre de “interdicción”– ya existía como causa de extinción del mandato en el originario artº. 1732 C.c. Supresión debida –como pone de relieve ARROYO I AMAYUELAS– a la ignorancia del actual legislador sobre el lenguaje jurídico del legislador del siglo XIX, según el cual “interdicción civil” significaba, precisamente”, “incapacidad” y no “pena de interdicción”, como, por el contrario, presupuso equivocadamente dicha Ley 6/1984.

Recordemos que la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2003 entre nosotros es similar a la que ha tenido lugar en otros ordenamientos jurídicos que, aunque con diferencias, reconocen la subsistencia del mandato o el poder conferido una vez declarada la incapacidad/incapacitación del otorgante. Ejemplos: Inglaterra, que junto al “power of attorney” (poder ordinario) que se extingue con la incapacidad, admite el “durable/enduring power of attorney”, un poder irrevocable para el caso de incapacidad del otorgante a partir de 1985 en la “Enduring Powers of Attorney Act”; Escocia, en la “Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1990”; con algunas dudas Québec (1991) –artº. 273, 2131, 2166 y 2175 del Código quebequiano–; Alemania, donde el parágrafo 672 BGB establece expresamente la no extinción del mandato por incapacidad sobrevenida y, por tanto, tampoco la del poder otorgado (& 168 BGB), corroborados por el & 1896 del propio BGB, son los denominados “Versorgevollmacht”; e Irlanda desde la “Powers of Attorney Act” de 1996. No navegan en la misma ruta las legislaciones belga (artº. 2003 C.c.), italiana (artº. 1772 C.c.) y Suiza (artº. 405 de su Código de obligaciones).

Nuestro legislador no aprovecha la reforma para definir el mandato o apoderamiento preventivo –lo que nos parece lógico y normal–, así como tampoco para calificado como tal o emplear otra denominación. Ello da pie para que sean los autores los que se ocupen de esta tarea. Por citar algún concepto doctrinal recogemos dos: el primero, el de MARTÍNEZ GARCÍA,

que emplea la expresión apoderamiento preventivo, y que sostiene que es “la declaración de voluntad unilateral y recepticia por la que una persona en previsión de una futura incapacidad, más o menos acusada, ordena una delegación, más o menos amplia, de facultades en otra, para que ésta pueda actuar válidamente en su nombre”. El segundo concepto se debe a FERNÁNDEZ LOZANO, que también acepta la denominación de apoderamiento preventivo, y que lo define como “el negocio jurídico por el que una persona, en previsión a su –conocida o no– posible incapacidad, otorga a favor de otra u otras personas para que la representen, incluso después de sobrevenida ésta, y hasta que se declare su extinción por el juez tras la declaración judicial de su incapacidad”.

A diferencia de nuestra ley, la francesa de protección de las personas mayores, Ley 2007-308, de 5 de marzo de 2007, si da un concepto descriptivo del que denomina mandato futuro de protección en el artº. 477 del Código civil francés, al establecer que “toda persona mayor de edad o menor emancipada que no sea sometida a tutela puede encargar a una o varias personas, en un mismo mandato su representación, para el caso o por una de las causas previstas en el artº. 425, que no pueda por sí sola atender a sus intereses”; causas del artº. 425 son: alteración constante, sea en sus facultades mentales, sea en sus facultades corporales, que la impidan expresar su voluntad.

Para comprender lo que significan los apoderamientos preventivos hemos de referirnos –como hace MARTÍNEZ GARCÍA– al propio concepto de poder. Sin posibilidad de extendernos en una materia que ha sido objeto de una dilatada y vivísima controversia doctrinal, podemos concluir que el poder es el conjunto de facultades que, mediante una declaración de voluntad receptiva (el apoderamiento), son delegadas de manera unilateral por un sujeto en otro para que éste pueda actuar en nombre del delegante. Partiendo de este concepto –continúa el autor citado– veamos las características del poder, a saber:

1ª) Necesidad de distinguir entre el poder, que designa el conjunto de facultades que un sujeto delega en otro, del apoderamiento o declaración unilateral de voluntad de la que el poder nace, de la relación subyacente a causa del otorgamiento del poder, y del negocio representativo, que es el que el apoderado concluye con un tercero en nombre y representación del poderdante. También conviene distinguir entre el poder, en el que la relación representativa es esencial (los efectos del negocio concluido recaerán directamente en la persona del poderdante) de la simple autorización, en la que una persona faculta a otra para obrar en su interés, pero en la que los efectos del negocio concluido recaen en la persona del autorizado, que ha de retransmitirlos después al autorizante (supuesto llamado por algunos de

representación indirecta y por otros, como CÁMARA, de interposición de persona),

2ª) Causa del apoderamiento. El apoderamiento tiene su causa en un contrato o relación subyacente entre el poderdante y el apoderado, que normalmente será un contrato de mandato (por el que el apoderado-mandatario se obliga a gestionar intereses del poderdante-mandante), pero que puede ser de otro tipo: arrendamiento de obra, de servicios, comisión mercantil, gestión de negocios, contrato de trabajo, etc.

3ª) Apoderamiento abstracto. ¿Cabe el apoderamiento que nazca sin contemplación de ninguna relación subyacente?. No lo creen posible CÁMARA y DE CASTRO, por ejemplo, sí otros como CANO MARTÍNEZ DE VELASCO. En lo que sí se está de acuerdo es:

- en la independencia del poder respecto de la relación subyacente,
- y en la posibilidad del otorgamiento de poderes que no tengan todavía su fundamento en una relación previa. Es nuestro supuesto: el de los apoderamientos preventivos o “ad cautelam”, que se confieren al apoderado en previsión de que el poderdante, en un supuesto determinado, no se halle en condiciones de actuar por sí.

A la vista de lo expuesto, mantiene BERROCAL LANZAROT, si estamos ante un apoderamiento preventivo sus caracteres, como negocio jurídico, son: unilateral, receptivo, revocable, causal, intervivos (pues la producción de efectos y, por ende, la eficacia de la declaración de voluntad emitida por el titular del derecho tendrá lugar en vida del mismo) y personalísimo (sólo el poderdante puede otorgarlo, sobre la base de la confianza que le merezcan la persona o personas que designe como apoderados); y para el caso de mandato representativo: su carácter gratuito, por regla general, aunque cabe que se fije una retribución; bilateral o unilateral, según sea o no retribuido; y consensual, pues es obligatorio desde que existe el consentimiento.

## **II.- MODALIDADES.**

Nuestro legislador, como en tantas otras ocasiones, no se distingue por su precisión En la E. de M., en el párrafo transcrito al inicio de esta charla, al referirse a la razón de ser de la reforma del artº. 1732 señala que se lleva a cabo “con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación”. Mientras que en la redacción que da al pár. 2º del apartado 3º del artículo de que se trate alude, por un lado, a la incapacitación sobrevenida



del mandante y, por otro, a la incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. Ello lleva a la doctrina a preguntarse a qué intención obedece que el legislador emplee términos distintos: incapacidad e incapacitación. La respuesta mayoritaria de los autores –PEREZ DE VARGAS, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, PUENTE DE LA FUENTE Y BERROCAL LANZAROT, entre otros– consideran que la incapacidad a la que se refiere el legislador es tanto la incapacitación judicial como la incapacitación de hecho o natural (discapacidad). De otra forma, no sólo se quebraría la finalidad del apoderamiento como instrumento alternativo a la incapacitación judicial y para situaciones transitorias de merma de capacidad, sino también se impediría la eficacia plena de la voluntad del poderdante al hacer depender tanto la subsistencia del apoderamiento como el comienzo de sus efectos de una decisión judicial.

Del ya expuesto pár. 2º del apartado 3º del 1732 se desprenden dos modalidades de la figura que estamos examinando:

A) Apoderamiento continuado o poder con ultractividad, según la terminología de PEREÑA VICENTE o MARTÍNEZ GARCÍA, que es aquél que en su otorgamiento incorpora la previsión expresa de que no se extinga a pesar de una eventual incapacitación del poderdante. Se trata, por tanto, de un poder que desde el primer momento despliega todos sus efectos y que, en principio, no se ven alterados por la pérdida de capacidad del poderdante. Como dice el precepto, aquel que no se extingue porque en el mismo mandato se hubiese dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación sobrevenida del mandante; y como dice JIMÉNEZ CLAR trátase de un poder en el que el poderdante “blinda el poder y protege sus efectos frente a su futura incapacitación”.

B). Y el apoderamiento o poder preventivo en sentido estricto o “ad cautelam”, que es el que se otorga en previsión de una futura pérdida de capacidad, por lo que el poder no producirá efectos hasta que se produzca esa pérdida de capacidad, que vendría a ser algo así como la condición suspensiva de cuyo cumplimiento depende que el poder despliegue o no sus efectos. Como dice el legislador, en el repetido apartado 3º del 1732, el mandato no se extinguirá si se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. Incapacidad que, conforme a lo antes expuesto, incluye tanto la incapacidad (discapacidad) de hecho, como la incapacitación judicial.

Ante la falta de una regulación completa de la materia esta modalidad de apoderamientos preventivos plantea múltiples problemas:

– de una parte, la determinación de las condiciones a las que el apoderado-mandatario ha de acomodar su actuación: por ejemplo, criterios a

los que ha de acomodar su toma de decisiones –mantenimiento de la vida independiente del poderdante o su acogimiento en alguna institución adecuada, etc.

– y de otra, determinar qué grado de discapacidad provocará la entrada en vigor del poder y quien determinará que se ha llegado a tal grado de discapacidad. Problemas que el propio poderdante deberá intentar solucionar en el documento en que se formalice el apoderamiento o en documento diferente.

No conviene olvidar que ambas modalidades de apoderamiento actúan respecto de quienes han perdido su capacidad de autogobierno (incapacidad de hecho o incapacitado judicialmente), no en cuanto a quienes padecen una discapacidad física manteniendo una plena capacidad intelectual y/o volitiva. En todo caso, tanto la discapacidad física, como una enfermedad o la propia vejez de un sujeto plenamente capaz de obrar, pueden aconsejar –como puntualiza BERROCAL LANZAROT– un mandato ordinario pero no preventivo con el objeto de lograr una adecuada gestión de su patrimonio y cuidado de su persona.

### **III.- FUNDAMENTO.**

A nuestro modo de ver la razón de este instituto coincide con el de la autotutela, que como expuse en su día se halla en la facultad de autorregulación que el Ordenamiento Jurídico reconoce a todo sujeto de derecho mayor de edad, proyectada –como señala PEREZ DE VARGAS MUÑOZ– al momento en que su capacidad llegue a faltar, lo que permite a una persona prever su propia incapacidad y establecer las medidas necesarias para cuando ésta se produzca, respetando así el principio de plena libertad personal, pues ¿quién mejor que el propio interesado para –estando en condiciones de hacerlo– designar a la persona que desea se ocupe de sus asuntos?.

Coincide su fundamento con el atribuido, no sólo a la autotutela, sino también con el de las instrucciones previas (las denominadas voluntades anticipadas y más conocidas con la denominación de “testamento vital”, traducción castellana del término anglosajón “living will”, cuya paternidad corresponde a la jurisprudencia norteamericana, y que están reguladas con carácter general en el artº. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), así como con la posibilidad de iniciar el presunto incapaz su propio proceso de incapacitación (artº. 757 L.E.C.).

Fundamento, en resumen, que no es otro que el libre desarrollo de la personalidad del artº. 10.1 de nuestra Constitución.

#### **IV.- ¿QUIÉN PUEDE OTORGAR UN APODERAMIENTO PREVENTIVO?.**

Como cuestión previa podemos preguntarnos si al igual que en la tutela (cfr. artº. 223 C.c.) podrán los padres conferir poderes en nombre de sus hijos para el caso de que estos lleguen a estar incapacitados.

Nada prevé el Código al respecto, pero –como destaca PEREÑA VICENTE– la aplicación de las reglas ordinarias del contrato de mandato impiden responder afirmativamente. Recordemos, además, que al hablar de los caracteres de este tipo de apoderamientos dijimos que eran personálísimos.

No sucede lo mismo en Francia donde tras la reforma de su Código civil por la citada Ley 2007-308 –que ha ubicado los apoderamientos preventivos entre las instituciones tutelados, aunque su estructura sea la del mandato–, prevé expresamente en su artº. 477 que los padres o el que sobreviva de ellos, si ejercen la patria potestad, puedan nombrar un mandatario que represente al hijo, si éste pierde la capacidad y ellos faltan o no pueden cuidar del mismo.

Tampoco debemos olvidar que ésta sea una idea totalmente ajena a nuestro legislador, ya que al regular el patrimonio protegido en la misma Ley 41/2003, concretamente en su artº. 5, establece que cuando el administrador del patrimonio no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos que lo integren.

La cuestión central es la de la capacidad que se exige para otorgar un apoderamiento preventivo.

Nuestro Código ni con relación al régimen general aplicable a los apoderamientos, en definitiva, al contrato de mandato (artº. 1709 y ss), ni, por supuesto al específico del apoderamiento preventivo, que carece de una regulación propia, dedica precepto alguno a la capacidad del poderdante. La cuestión queda, por tanto, remitida a la más general de la capacidad que se exige para conferir a otro de la representación.

A este respecto en la doctrina se ha discutido si la capacidad para otorgar un negocio jurídico de apoderamiento es la general del negocio jurídico o la especial del negocio jurídico para el que se otorga el poder de representación (del negocio jurídico representativo). DIEZ PIZACO escribía

en 1979 que la aplicación al apoderamiento de las reglas generales sobre la capacidad para contratar y para obligarse parece plausible, aunque presente la dificultad de que el apoderamiento no es, en rigor, un contrato. La aplicación de las citadas reglas, contenidas en el artº. 1263 C.c., excluiría a los menores no emancipados y a los locos, dementes y sordomudos que no sepan escribir (hoy, aclaramos nosotros tras la modificación introducida en el artº. 200 C.c. por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, los afectados por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma). La aplicación de estas reglas –continuaba afirmando DÍEZ PICAZO–, en forma generalizada, presenta dos tipos de dificultades. La primera surge al pensar que la capacidad para el otorgamiento del poder debe ponerse en relación con los negocios jurídicos concretos que el poder contemplan y con las facultades que se vayan a conferir al apoderado. Así, creemos que el menor emancipado puede otorgar poderes de representación siempre que lo haga para aquellos actos para los que tiene plena capacidad de obrar. Si el menor emancipado no puede por sí solo tomar dinero a préstamo o gravar y vender bienes inmuebles, parece que no lo podrá realizar por medio de apoderado y que será inválido el poder que a estos se otorgue. Más si llegamos a esta conclusión, no se ve tampoco especial dificultad para que pueda otorgar un apoderamiento el menor emancipado, siempre que las facultades que confiera a un apoderado tengan por objeto aquellos actos que él pudiera realizar por sí mismo. En otro sentido, parece claro que el negocio realizado por los menores –y entre ellos el de apoderamiento– no será en ningún caso absolutamente nulo, sino sólo anulable a instancia de las personas a quienes corresponda su representación legal o al propio menor en el momento de su llegada a la mayor edad.

¿Podemos trasladar todo lo expuesto al campo de los apoderamientos preventivos?. Respecto del menor emancipado parece clara la respuesta afirmativa: podrá conceder un poder preventivo si el ámbito de éste es aquel en el que, de acuerdo con lo prevenido en los arts. 323 y siguientes del C.c., tiene capacidad para actuar sin intervención de sus padres o del curador.

¿Y qué sucede con los incapacitados sometidos a curatela? No parece exista obstáculo para que, en el ámbito en el que conserve su capacidad, puede otorgar un poder, sea éste preventivo o no. Negar esta posibilidad, escribe PEREÑA VICENTE, supone restringir sin argumentos la capacidad que el Juez no ha limitado. En este caso ¿será necesario que concurra el curador para la validez del poder? El legislador francés en el reformado art. 477 exige la asistencia del curador. Entre nosotros la respuesta que nos parece más adecuada es estar –de conformidad con lo prevenido en los arts. 288, 289 y 290 C.c.– al ámbito del poder y a lo prevenido en la

sentencia de incapacitación: si el poder incluye actos que el poderdante no puede hacer sin asistencia del curador, se impondrá su presencia; y ésta no será precisa en el supuesto contrario.

## **V.- ¿QUIÉN PUEDE SER APODERADO?**

De nuevo la Ley 41/2003 nada dice al respecto, lo contrario que hace la repetida ley francesa 2007-308 que en el reformado art. 480 del Código napoleónico dispone que el apoderado puede ser persona física o jurídica y debe tener la misma capacidad y cumplir las mismas condiciones que se exigen para los cargos tutelares por el art. 395 y el apartado segundo del 445.

La cuestión queda así reconducida a la planteada en sede de mandato. Trátase de decidir si es o no posible que actúen como representantes personas que carecen de plena capacidad de obrar o cuya capacidad se encuentre limitada. Es esta una cuestión largamente debatida en la doctrina y en la jurisprudencia, que no han llegado nunca a unas conclusiones unánimes, dibujándose claramente dos posiciones diversas. Para una de ellas, el representante no necesita poseer las condiciones o cualidades que determinan la plena capacidad de obrar, sino simplemente las condiciones naturales necesarias para entender y querer, de acuerdo, en cada caso, con la naturaleza y el contenido del negocio de que se trate. Para otros, la plena capacidad legal de obrar es necesaria para poder actuar como representante.

Los defensores de la primera de estas posturas –mantenida, entre otros, por O'CALLAGHAN, PUIG BRUTAU, DÍEZ PICAZO, MARTÍNEZ GARCÍA, LEÓN ALONSO y BERROCAL LANZAROT– aducen a su favor, como señala MOSCO, argumentos de orden histórico, práctico y dogmático. Desde el punto de vista histórico, se señala que ya el Derecho Romano admitió la gestión representativa llevada a cabo por personas carentes de plena capacidad, especialmente como “procuradores” o como “institores”. Desde el punto de vista práctico, se han aducido razones de oportunidad. BETTI señaló que si bien la regla que permite la actuación representativa de personas carentes de plena capacidad de obrar es discutible desde el punto de vista de la lógica y de los principios, se justifica en virtud del interés del representado, para quien agiliza su actuación por medio de intermediarios. Por último, planteada la cuestión en un terreno estrictamente jurídico –afirma DÍEZ PICAZO– no puede olvidarse que la impugnación de los negocios jurídicos por defecto de capacidad es siempre una medida de protección del incapaz, otorgada a éste o a sus representantes legales exclusivamente. Los que contratan con el incapaz carecen de acción de

anulación. Ello significa que el incapaz podría impugnar la aceptación del encargo representativo y de este modo quedar inmune a las consecuencias que en vía de responsabilidad tenga para él la ejecución del encargo, a salvo el posible enriquecimiento injusto; pero que, en cambio, el incapaz no podría impugnar los contratos que hubiera celebrado en “nombre” del “dominus”, porque en ellos no es parte. Tampoco podrá el “dominus” impugnar, ni el apoderamiento ni los negocios del impugnado, por defecto de capacidad de éste, dado que carece de la acción destinada a ello y que él ha hecho posible con sus actos esa actuación representativa, debiendo, por consiguiente, asumir el riesgo.

¿Puede un menor emancipado actuar como representante?. Para responder a esta pregunta nos encontramos con el art. 1716, conforme al cual “el menor emancipado puede ser mandatario; pero el mandante sólo tendrá acción contra él de conformidad con lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores”. Artículo 1716 que ofrece graves dificultades de interpretación. Por un lado, al incluir a los menores emancipados parece estar excluyendo a los no emancipados. Por otro aplicar a los emancipados las reglas generales de irresponsabilidad contractual de los menores en el mandato parece contrario a la regla del art. 323 del propio Código. Para DE CASTRO el repetido 1716 es un cuerpo extraño dentro del sistema del C.c., que obedece tal vez a haber seguido demasiado de cerca al Código napoleónico y al italiano de 1865 y propone para entenderlo interpretarlo en el sentido de que el mandatario menor emancipado se obliga conforme a lo dispuesto respecto a las obligaciones de “cada clase” de los menores.

Por su parte PEREÑA VICENTE considera que la regla del art. 1716 está prevista para proteger al menor emancipado que no tiene plena capacidad, frente al mandante, pero en el caso de los apoderamientos preventivos se da la circunstancia de que quien está más necesitado de protección es el representado, que es incapaz. Por ello, entiende que, en este supuesto, deberá exigirse al representante plena capacidad y ello con independencia de los actos que comprenda el poder.

¿Puede ser designado representante una persona jurídica? No existe dificultad para responder afirmativamente a pesar del silencio de nuestro Código, a diferencia de la Ley francesa 2007-308 de reforma del art. 480 de su C.c. donde lo admite expresamente. En estos supuestos, afirma FERNÁNDEZ LOZANO, las personas jurídicas actuarán a través de sus representantes orgánicos (administradores). Extremo que hay que diferenciar claramente de la representación voluntaria conferida por la persona jurídica. A saber: si el contenido del poder preventivo es “vender”, ¿podría ejercitar el poder el representante voluntario de la persona jurídica a quien ésta ha otorgado facultades de vender?. La respuesta ha de ser negativa,

puesto que la persona jurídica, al otorgar a través de su representante orgánico facultades de representación al representante voluntario, lo hace por los actos en que esté directamente implicada ella misma, no para aquellos otros en los que ésta actúe como representante voluntario de un tercero. Distinta es la respuesta en el caso de que el administrador de la persona jurídica apoderada otorga poder a favor de un tercero “para el ejercicio de las facultades contenidas en el poder otorgado a favor de la persona jurídica”, supuesto en el que estaríamos realmente ante una sustitución de poder.

¿Y cabe la sustitución de poder? Es en el contrato de mandato donde el régimen de la sustitución se desenvuelve. Mas no se percibe obstáculo para aplicarlo al poder lo mismo que al mandato. Son palabras de PORPETA CLÉRIGO, seguidas por la casi totalidad de los autores (DIEZ PICAZO, FERNÁNDEZ LOZANO y un largo etcétera); incluso el T.S. se pronuncia sobre la sustitución en el mandato y en la relación representativa, utilizando ambas expresiones de forma indistinta, v.gr. S. de 9 de mayo de 1958. En este extremo de todos son conocidos los arts. 1721 y 1722 C.c., que admiten la sustitución en el mandato siempre que el mandante no lo haya prohibido y el criterio diametralmente opuesto en el ámbito mercantil de los arts. 261 y 296 C. de co. El examen de las diferencias entre sustitución propiamente dicha —que supone la extinción de la relación representativa que unía al apoderado sustituyente con el poderdante (principal) y el subapoderamiento —que es una delegación revocable que deja intacta la posición del apoderado y que le permite, además de conservar su primitivo poder, comportarse desde todos los puntos de vista frente al subapoderado como un verdadero poderdante—, puestas de relieve en 1945 por el nombrado Notario PORPETA CLÉRIGO, exceden del marco de esta charla, limitándonos a afirmar que todo lo que se acaba de exponer es, a nuestro entender, de plena aplicación en sede de apoderamientos preventivos.

## **VI.- FORMA DEL APODERAMIENTO.**

La reforma de mínimos llevada a cabo por la Ley 41/2003 nada establece sobre la forma de los poderes preventivos, por lo que, tenemos que recurrir al régimen del mandato, extensible al apoderamiento.

El negocio de apoderamiento responde, en sede de forma, al principio espiritualista de nuestro ordenamiento jurídico, heredado del Ordenamiento de Alcalá, “de cualquier manera que el hombre quiera obligarse quede obligado” (Ley única de su Título XVI).

En nuestro C.c., además de la norma general del art. 1278, respecto del

mandato el art. 1710 establece que: “El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aún de palabra”, siendo múltiples las Sentencias del T.S. que consagran el indicado principio de libertad de forma del apoderamiento, si bien la mayor parte de ellas se refieren al mandato (por todas la S. de 21 de marzo de 2003).

En el Derecho comparado encontramos el mismo principio en el Código napoleónico y en el BGB (cuyo parágrafo 167 prescribe que “el poder de representación no requiere la forma prevista para el acto jurídico que se relaciona con el apoderamiento”). Contraria es la solución adoptada por el C.c. italiano (art. 1392, “el apoderamiento no sutirá efecto si no ha sido otorgado en la forma prevista para el contrato que el representante debe concluir”) y el C.c. portugués (art. 262, “salvo disposición legal en contrario, el apoderamiento revestirá la forma exigida para el negocio que el representante deba realizar”).

En nuestro Derecho no existe una norma similar a las expuestas. DIEZ PICAZO niega su admisión, argumentando que, para sostenerla, sería necesario que la voluntad del representado tuviera validez únicamente incorporada a una determinada forma, de tal manera que la forma fuese el único vehículo de manifestación de esa voluntad, lo que no ocurre siempre en nuestro Derecho.

Para FERNÁNDEZ LOZANO es clara la aplicación de la regla general de libertad de forma cuando para el negocio jurídico a celebrar en el ejercicio del poder conferido la Ley exige una forma “ad probationem” o “forma de valer”. Sin embargo, cuando para un determinado negocio se requiera una forma “ad solemnitatem” o forma de ser, como excepcionalmente ocurre (v.gr. donación de inmuebles, capitulaciones, censo enfiteútico y en la hipoteca), el poder en virtud del cual se pretenda la celebración de dicho negocio jurídico deberá revestir la misma forma que la exigida legalmente a éste. Como han afirmado CÁMARA, LORA TAMAYO y BOLÁS ALFONSO, cuando la Ley exige una forma con carácter esencial, esta exigencia ha de aplicarse a la totalidad de los elementos del negocio.

El expuesto art. 1710 admite, con carácter general, los mandatos/apoderamientos expresos dados por instrumento público o privado y aún de palabra. Tratándose de los apoderamientos preventivos la forma escrita (instrumento público o privado) deberá ajustarse a lo que acabamos de consignar. Extraño es, desde luego, que no se haya exigido la escritura pública –como lo ha hecho, por ejemplo, el legislador aragonés en el art. 95 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona– habida cuenta de sus efectos probatorios y ejecutivos ( cfr. art. 1218 C.c. y 319 L.E.C.). No nos parece admisible, sin embargo, la forma oral por cuanto la



conformidad del poderdante –ratificación, en su caso– deberá tener lugar, por definición, cuando carezca de capacidad por su incapacitación sobrevenida.

Tampoco nos parecen admisibles los apoderamiento preventivos tácitos, por la misma razón que acabamos de expresar, cualquiera que se la tesis que adoptemos respecto de los mismos (teoría del apoderamiento tácito como una aplicación de las declaraciones tácitas de voluntad o negocios realizados “per facta concludentia”; teoría del apoderamiento tácito basado en la responsabilidad por hecho lícito o por culpa “in contrahendo”; o teoría del apoderamiento tácito como una forma de protección de la apariencia jurídica).

El tema de la forma presenta otro aspecto; el relacionado con la publicidad de estos poderes. Así como la propia Ley 41/2003 al regular la autotutela en el reformado art. 223 C.c. establece expresamente que los documentos públicos relativos al nombramiento del tutor –ya sean los otorgados por los padres o por el posible incapacitado– se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado, nada dice en materia de apoderamientos preventivos.

Según LEÓN ALONSO, lo ideal, tanto desde el punto de vista de la apariencia y la publicidad frente a terceros como desde el relativo al riesgo que para el patrimonio del mandante significa el art. 1738 C.c. (eficacia de lo hecho por el mandatario respecto de los terceros que hayan contratado con él de buena fe), sería dotar al tráfico de la contratación civil de los instrumentos necesarios para que el representado pudiera hacer llegar a los terceros el hecho de la revocación y, en su virtud, la falta de representación del apoderado, así como, añadimos nosotros, la existencia misma de los poderes.

En la misma línea MASOT MIQUEL, después de señalar que, en caso de uso del poder revocado por el apoderado, ni está suficientemente protegida la situación jurídica del poderdante ni tampoco la de los terceros con quienes se ha contratado, considera que mayor seguridad tendrían los terceros que contratan en base a la existencia del poder si pudieran cerciorarse de que realmente el poder está vigente por no haber sido revocado.

Considera FERNÁNDEZ LOZANO que el auge de las nuevas tecnologías y el hecho de que el otorgamiento de poderes se realice, generalmente, en escritura pública, así como el que su revocación tenga lugar ante Notario, con notificación de la revocación por este conducto al apoderado y requerimiento para la devolución de la copia del poder, puede

permitir, y así estima muy conveniente, la creación de un Registro público de revocación de poderes.

Sin ningún valor oficial y en fase de experimentación el Consejo General del Notariado creó en 2001 un Archivo de revocación y otras causas de extinción de poderes y que constituía una herramienta de trabajo muy importante en la labor de reforzamiento de la seguridad jurídica.

Esta idea cristalizó en el R.D. 45/2007, de 19 de enero, de reforma del R. Notarial (arts. 164, 178, 197, disp. adicional única y disp. final 1ª); reforma que ha quedado sin efecto por mor de la S. del T.S. de 20 de mayo de 2008 al declarar la nulidad de las disposiciones citadas por carecer de cobertura legal, rigiendo en esta materia el principio de reserva de Ley (art. 149, 1, 8ª y 18ª C.E.).

Si no existe el Registro de poderes y se desconoce su existencia, ello no impedirá que el apoderado tenga en sus manos el documento en el que conste el apoderamiento y haga uso de él, sin que el Juez pueda revocarlo como permite el art. 1732, por desconocer su existencia.

Muy acertada es la propuesta de TENA ARREGUI, compartida por PEREÑA VICENTE, quien entiende que la referencia del art. 223 para la autotutela debe comprender a los poderes preventivos, por cuanto en el documento público notarial correspondiente, además de la designación de tutor, se pueden adoptar disposiciones relativas a la propia persona o bienes, y no cabe duda de que un poder general de administración y disposición de bienes otorgado en previsión de la propia incapacidad o con cláusula de subsistencia llegada aquélla, está incluido dentro de su tenor. Por esta razón considera que el Notario estará obligado a comunicar de oficio el otorgamiento del poder al Registro Civil. Estamos de acuerdo con esta idea, si bien nos preguntamos si la legislación de dicho Registro permite actualmente su anotación, o indicación al margen de la inscripción de nacimiento. Pregunta que nos parece merece una respuesta negativa al no haberse llevado a cabo la reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, al haber caducado el proyecto que había por no haber concluido su tramitación en la anterior legislatura.<sup>(1)</sup>

---

1 - Tras la finalización de este trabajo llega a nuestras manos el Texto del Proyecto de Ley de reforma de dicha Ley del Registro Civil de 1957, aprobado por la Comisión de Justicia el 19 de noviembre de 2008 –y publicado en el B.O. de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, el 26 siguiente (Serie A, nº 5-8)–, en el que se añade un nuevo artículo 46 ter, donde se establecen que “En todo caso el Notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante”.

## VII.- CONTENIDO.

Aplicando de nuevo, ante el silencio de la Ley 41/2003, la normativa relativa al contrato de mandato, es clásica la distinción entre mandatos generales y especiales. Los primeros comprenden todos los negocios del mandante y los segundos uno o más negocios determinados (art. 1712). El art. siguiente, el 1713, añade que el mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración y que para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso; y finaliza estableciendo que la facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables componedores.

Que los apoderamientos preventivos se confieren con facultades en el ámbito patrimonial no plantea dudas a la doctrina (ARROYO I AMAYUELAS, MARTÍNEZ GARCÍA, BERROCAL LANZAROT).

Más problemático resulta el otorgamiento de un mandato preventivo que incluya la toma de decisiones en el ámbito personal, cuando tales decisiones tengan especial repercusión sobre la integridad de la persona o puedan incluso afectar a su vida. ARROYO I AMAYUELAS para el supuesto de que la persona afectada –el mandante/poderdante, aclaramos nosotros– no pudiera adoptar dichas decisiones por sí misma o, incluso adoptadas, éstas no estuvieran claras o se consideraran inadecuadas al estado de la medicina en el momento de ejecutarse, se pregunta si debería permitirse a quien no es representante legal del paciente –simple mandatario– otorgar el consentimiento en su nombre o interpretar su voluntad. Tras examinar la reforma llevada a cabo en Québec –que si lo autoriza (arts. 11, 12, 13 y 15 de su C.c.)–, entiende que la respuesta no está excesivamente clara en nuestra legislación reguladora de las voluntades anticipadas. Limitándose a la Ley estatal ya citada (Ley 41/2002) destaca como en el art. 9.3 se regula el consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, manteniendo que si “el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”. De esta manera se está aludiendo esencialmente con la “desgraciada expresión” de personas vinculadas “por razones de hecho” al conviviente no casado, pero muy dudosamente al representante voluntario o mandatario. Por otra parte, en el art. 11.1 si cabría incluir la legitimación del mandatario, por cuanto este precepto contempla la posibilidad de redactar un documento de instrucciones previas y en éste “el otorgante ... puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”. Finaliza este autor

inclinándose por entender que aún a falta de instrucciones precisas el mandatario debería poder “sustituir” la decisión del mandante o, en su caso, interpretarla, por lo que bastaría un poder general para actuar en el ámbito personal.

Menos dudas tiene BERROCAL LANZAROT, para la cual, ante la plena libertad de actuación que tiene el poderdante para prefijar el contenido del apoderamiento preventivo, puede formar parte del contenido de tales apoderamientos todo lo que afecte a la esfera personal del poderdante, sea relativo a su cuidado personal (alimentos, acogimiento familiar, internamiento en una residencia geriátrica o de salud mental, cuando las circunstancias así lo aconsejen), como a la aplicación de determinados tratamientos médicos o para la realización de determinadas intervenciones sanitarias.

Nos parece que esta última interpretación –que podemos calificar de “generosa”– es la más adecuada para la protección de los intereses del poderdante, partiendo, además, de la base que éste habrá elegido a una persona de su total confianza.

## **VIII.- EXTINCION.**

Según el reformado art. 1732, n° 3, párrafo 2° “in fine”, “el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”. En términos similares se expresa el art. 483 del C.c. francés, que añade la muerte de la persona protegida, que, asimismo, actuará entre nosotros por establecerlo así el citado art. 1732, en el párrafo 1° del mismo n° 3.

Como señala PUENTE DE LA FUENTE la variedad de formas –refiriéndose, sin duda, al contenido– que puede adoptar el mandato hace que la decisión de dejar subsistente o de ordenar la extinción del mismo, no pueda resolverse en términos generales, sino que es una de esas situaciones jurídicas que deben ser resueltas caso por caso; y que puede adoptarse la decisión por parte del Juez que el tutor se ocupe solo de la guarda y protección de la persona (art. 215 C.c.), atendiendo el apoderado lo referente a los bienes, o a la inversa.

Lo que es evidente es que hasta que el Juez no declare extinguido el poder, el apoderamiento coexistirá con el órgano tutelar nombrado; coexistencia que resultará más difícil si estamos ante un mandato general.

Opina BERROCAL LANZAROT que si se trata de incapacitación total y se ha designado tutor éste podrá controlar al mandatario en tanto se mantenga la vigencia del apoderamiento y que si la incapacitación es parcial

y se ha nombrado curador, resultará más lógico el planteamiento de subsistencia del mandato. En todo caso, resultará conveniente que en la sentencia de incapacitación se contengan disposiciones claras sobre estos extremos.

Sobre la base de lo dispuesto en el repetido art. 1732 el mandato preventivo se podrá, asimismo, extinguir por revocación del mandante mientras éste conserve capacidad para ello, y por renuncia del mandatario, supuesto éste que puede plantear la duda de a quien debe comunicarse la renuncia, pues en el caso de apoderamiento “ad cautelam” no existe representación legal nombrado y el poderdante carece de capacidad para ello. En opinión de JIMÉNEZ CLAR la iniciativa más razonable es ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Y con lo dicho ponemos punto y final a este parlamento, donde creemos haber dejado clara la utilidad de este tipo de poderes, especialmente para la parte interesada que va desde la aparición de los primeros síntomas de la enfermedad invalidante hasta la constitución del organismo tutelar, previa la declaración de incapacidad. Pero que nadie extraiga la conclusión de que con su otorgamiento se resuelven todos los problemas de los incapaces o incapacitados, porque éstos no quedan protegidos ni de sus propios actos –al no quedar a salvo de presiones o engaños de terceros que, en los inicios de su enfermedad degenerativa les puedan inducir a celebrar un negocio jurídico gravemente dañoso para sus intereses–, ni frente a los abusos de poder de aquél en quien confiaron pero a quien ya no pueden controlar.

Una nueva regulación de la materia, en la que se configuren en perfecto equilibrio y armonía todos los intereses en juego, sería de desear.

-----

Mil gracias por su atención, con el ruego de que consideren esta charla como el medio que he considerado más adecuado para despedirme en público de todos Vds., por cuanto el próximo día 1 de enero cese en mi condición de Presidente de esta Academia, por haber agotado los plazos marcados en sus estatutos.

¡Gracias!



## IV.- SOBRE EL DERECHO CONSUETUDINARIO BALEAR COMO FUENTE Y COMO TRADICIÓN JURÍDICA

**Anselmo Martínez Cañellas**

*El Profesor Titular de Derecho Mercantil de la UIB Anselmo Martínez Cañellas fue el ganador del V Premio Luis Pascual González, que tiene por objeto –de acuerdo con sus bases– distinguir los trabajos, inéditos e individuales, que versen sobre instituciones del Derecho civil balear. El premio ha conseguido incorporar al acervo doctrinal de nuestro Derecho obras tan significativas como la ahora premiada y las que lo han sido en las anteriores ediciones del premio, que han sido las siguientes: “La institució pitiusa de l’acolliment en una quarta part dels milloraments” de la Profesora Olga Cardona Guasch, “La institución de la definición en la Compilación del Derecho civil de Baleares” del Notario de Palma Josep A. Carbonell Crespí y “El sistema de fons del Dret civil balear (1990-2006). Estudi amb motiu del projecte de reforma del títol preliminar de la Compilació balear” de la Profesora Titular de Derecho civil Francesca Llodrá Grimalt; estas obras fueron las ganadoras de las II, III y IV edición del premio. En la I y VI edición el premio fue declarado desierto. El trabajo presentado por el Profesor Martínez Cañellas contó con el voto unánime del Jurado.*

1. INTRODUCCION
2. EL DERECHO CONSUECUDINARIO BALEAR Y SU TRADICIÓN JURÍDICA EN LA HISTORIA DEL DERECHO FORAL BALEAR Y SU ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO EN EL SISTEMA DE FUENTES DE CADA ÉPOCA
  - 2.1. DERECHO ESPECIAL DE LAS BALEARES HASTA LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA: FUENTES, COSTUMS Y TRADICIÓN JURÍDICA
  - 2.2. DERECHO ESPECIAL DE LAS BALEARES DESPUES DE LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA. COSTUMBRE Y TRADICIÓN JURÍDICA
  - 2.3. LA CODIFICACIÓN
  - 2.4. LOS PROYECTOS DE APENDICE BALEAR AL CODIGO CIVIL
  - 2.5. TRADICIÓN JURÍDICA DE LOS JURISTAS LOCALES DESDE DE LA MEMORIA DE PEDRO RIPOLL I PALOU HASTA LA PUBLICACION DE LA COMPILACION DE 1961
  - 2.6. LA COMPILACIÓN DE BALEARES
  - 2.7. LA REFORMA DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL
  - 2.8. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978
  - 2.9. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 149.1.8 DE LA CONSTITUCION REALIZADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
  - 2.10. LA REFORMA DE LA COMPILACION DE BALEARES
3. EL DERECHO CONSUECUDINARIO
  - 3.1. INTRODUCCION
  - 3.2. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA COSTUMBRE
  - 3.3. REQUISITOS DE LA COSTUMBRE
  - 3.4. CLASES DE COSTUMBRES
3. EL DERECHO CONSUECUDINARIO BALEAR
  - 3.1. SU IMPORTANCIA HISTÓRICA
  - 3.2. REFERENCIAS DE LA COMPILACION A LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO
  - 3.3. COSTUMBRES BALEARES DEROGADAS
  - 3.4. COSTUMBRES VIGENTES
    - 3.4.1. COSTUMBRES SECUNDUM LEGEM
    - 3.4.2. COSTUMBRES PRAETER LEGEM
  - 3.5. FUENTES DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO
    - 3.5.1. FUENTES ESCRITAS
    - 3.5.2. FUENTES NO ESCRITAS



- 4. PROPUESTA METODOLOGICA PARA EL FUTURO
- 5. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCION.

Según el artículo 1 de la Compilación de las Islas Baleares la tradición jurídica se encarna a través de las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina. Con este ensayo pretendemos realizar un trabajo de investigación relacionado con la tradición jurídica de las Islas Baleares y con su derecho consuetudinario. No se trata de un trabajo exhaustivo, pero puede ser útil como punto de partida para un futuro estudio más detallado, cuya sistemática propongo al final de la obra.

Comenzaremos reseñando brevemente los principales hitos de la evolución histórica del Derecho Balear y la doctrina jurídica sobre este desarrollada.<sup>1</sup> Finalizaremos esta primera parte con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que abre las puertas a una futura ampliación del Derecho Balear compilado, vía traslado del derecho foral consuetudinario a ley foral escrita.<sup>2</sup>

En la segunda parte analizaremos brevemente lo que se entiende por costumbre y los problemas que genera su conceptualización, su identificación, su vigencia y su prueba, haciendo especial hincapié en la regulación de la costumbre en la Compilación Balear. Seguidamente estudiaremos instituciones consuetudinarias y de nuestra tradición jurídica documentadas, vigentes o no, diferenciando entre las que ya están en desuso, las contrarias al la ley, las recogidas en la Compilación, y las aplicables en defecto de ley,

---

1 - En este punto incluiremos algunas referencias no mencionadas en el libro de Lecciones de Derecho Civil Balear, coordinado por la Dra. Pilar Ferrer Vanrell. FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3<sup>a</sup> edición. Palma de Mallorca, 2004.

2- Tal como ya se ha efectuado en Galicia y Valencia y se ha propuesto para Guipúzcoa en el País Vasco.

ofreciendo respecto de estas dos últimas los medios de prueba documentales de su existencia previa a la Constitución española. En este trabajo el único medio de prueba utilizado para acreditar las costumbres será la doctrina foral tradicional.<sup>3</sup> Para finalizar este bloque enunciaré otros medios de prueba que podrían utilizarse en un futuro y más profundo estudio del derecho consuetudinario.

## **2. EL DERECHO CONSUETUDINARIO BALEAR Y SU TRADICIÓN JURÍDICA EN LA HISTORIA DEL DERECHO FORAL BALEAR Y SU ENCUADRAMIENTO HISTÓRICO EN EL SISTEMA DE FUENTES DE CADA ÉPOCA.**

El derecho consuetudinario balear es un elemento fundamental, aunque escasamente tratado por la doctrina actual, del Derecho civil especial de las Baleares porque no sólo fue la base jurídica que lo mantuvo vivo después del Decreto de Nueva Planta, sino también porque con base en el mismo se desarrollaron instituciones jurídicas diferenciadas del Derecho común en la Compilación, porque actualmente es fuente del Derecho especial de las Baleares y, sobre todo, porque partiendo del derecho consuetudinario actual o el que forma parte de nuestra tradición jurídica (aunque ya no esté vigente) podemos partir para el desarrollo del Derecho civil foral o especial.

### **2.1. DERECHO ESPECIAL DE LAS BALEARES HASTA LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA: FUENTES, COSTUMS Y TRADICIÓN JURÍDICA.**

Antes de la dominación musulmana el derecho de las Baleares era esencialmente el Derecho Romano que se había impuesto durante la dominación del Imperio Romano a los derechos indígenas, esencialmente consuetudinarios e influidos por griegos, fenicios y cartagineses. Posteriormente, durante la dominación bizantina, se impuso el Derecho Romano

---

3 - En todo caso, de no considerar válidamente probada esta costumbre en cuanto a su vigencia actual por su mención en la doctrina, sí puede entenderse que dicha referencia doctrinal se encuadra en nuestra tradición jurídica, por lo que puede ser utilizada para integrar el Derecho Civil Foral Balear y, por lo tanto, para habilitar competencialmente al legislador autonómico para elaborar leyes sobre las materias tratadas por dicha doctrina. Sobre la tradición jurídica balear como fuente de integración normativa: FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 84.

Justiniano al derecho de los Vándalos, también consuetudinario. La dominación árabe no alteró la vigencia del Derecho Romano Justiniano puesto que los conquistadores musulmanes permitieron a los vencidos la facultad de gobernarse por sus leyes. No obstante existen influencias del mismo en materia de régimen económico matrimonial.<sup>4</sup>

La Carta de Franquesa de Mallorca fue otorgada por el rey Jaime I el 1 de marzo de 1230 en la que se incluían privilegios de carácter procesal, penal, administrativo y civil.<sup>5</sup> Durante la etapa del Reino privativo, la Carta de Franquesa fue confirmada y ampliada en Mallorca por Jaime II el 30 de enero de 1299. En materia civil la regulación eran los privilegios y ordenanzas reales, en su defecto por las costumbres, y a falta de estos el derecho romano justiniano. Los Usatges de Barcelona solo fueron aplicados “en los casos establecidos”, es decir, en materia penal.<sup>6</sup> La Carta de Población de Menorca de 1302, confirmó y amplió los privilegios que se habían concedido a los menorquines al conquistar Menorca a los sarracenos.<sup>7</sup> Esta Carta estableció que los batles emiten juicio previo dictamen o asesoramiento de seis probi homines, ajustándose a “las costumbres y franquezas de la isla, en su defecto los usos de Barcelona, en los casos en que los mismos tenían cabida en Mallorca, y en último lugar, el Derecho Común, teniendo las partes la facultad para alegar por sí, sus procuradores o

---

4 - Del derecho indígena y de la dominación vándala apenas quedan vestigios jurídicos, tal vez algunas costumbres como las relativas a la sucesión contractual, el *escreix*, la inexistencia de comiso en la enfiteusis y otras de carácter eminentemente rural. PASCUAL GONZALEZ, Luis. *Derecho civil de Mallorca*. Edición de Ediciones Embat y José Olañeta, Editor. Palma de Mallorca, 1979. Págs.1 a 14, y 40.

5 - En materia civil las disposiciones son escasas, lo que según Luis Pascual y González, permite presumir la existencia de un cuerpo jurídico civil preexistente que no podía ser otro que el derecho romano y consuetudinario anterior. Son normas civiles contenidas en la Carta Puebla las siguientes: la libre disposición de sus bienes por parte de sus poseedores, excepto a favor de caballeros, de iglesias, conventos, etc. (capítulo II), inembargabilidad por el quinto del rey, de lecho, arca, vestiduras y armas (capítulo XI), en materia de fianzas (capítulos XXVI y XXVII), y conservación de los bienes por parte de los condenados a penas corporales (capítulo XXXII). Los Usatges de Barcelona se aplicaron en materia penal pero no en el ámbito civil. “En Mallorca no ha regido jamás con carácter general el derecho catalán; ni como propio ni como supletorio”. La Concordia en que Jaime II de Mallorca se declaró feudatario de Pedro III de Aragón dada en Perpiñán en 1278 sólo obliga a cumplir los Usatges y costums de Barcelona en las tierras del Rossellón, la Cerdaña, de Conflent, de Vallespir y de Colliure pero no en las islas del reino de Mallorca. En Mallorca regían el Derecho Romano Justiniano con las modificaciones de las costumbres y franquicias propias de Mallorca. PASCUAL GONZALEZ, Luis. Op. cit. Pág.17 a 23.

6 - Para un estudio más detallado FERRER VANRELL, Pilar. *Lecciones de Derecho Civil Balear*. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 27 a 29.

7 - BALLESTER i PONS, Pedro. “Las instituciones forales de Menorca”. Extracto de la *Revista de Menorca*. Mahón, 1899.

abogados, cuanto les pareciese ante los referidos hombres buenos”.<sup>8</sup> De ello se deduce que en Menorca, el derecho civil en este periodo se regía por los privilegios y ordenanzas reales y por las costumbres de la isla, y en su defecto por el Derecho romano. La primera recopilación de los privilegios concedidos por los reyes de Mallorca fue confeccionada por Romeo D’es Poal por encargo de los jurados. Las leyes de Menorca fueron recogidas en el llibre Vermell.<sup>9</sup> El 20 de diciembre de 1413 se promulgaron unas nuevas ordenaciones corrientemente conocidas como Ordinacions de Pelay Uniz. En el ámbito sustantivo se estableció la imprescriptibilidad de los censos. El 15 de junio de 1439 se redactó una nueva Compilación de derecho consuetudinario conocidas como Ordinacions de Mossèn Berenguer y Uniz. El Privilegio de Gaeta, dictado por Alfonso V el 17 de junio de 1439, consagra la independencia del derecho mallorquín al aprobar las Ordinacions de Mossèn Berenguer Uniz, rechazando la aplicación del derecho catalán en Mallorca, ni siquiera como derecho supletorio.<sup>10</sup> En esta época el sistema de fuentes vuelve a ser la aplicación el Derecho municipal, compuesto por la Carta Puebla, privilegios, ordenaciones y costumbres y, como derecho supletorio, la aplicación del Derecho romano justiniano con el carácter de derecho propio.<sup>11</sup>

---

8 - PIÑA HOMS, Román. “La reincorporación de Menorca a la Corona Española”. Ed. Institut d’Estudis Baleàrics. Palma de Mallorca 1983. Pág. 31.

9 - Parte de la doctrina señaló que la conquista catalano-aragonesa en 1343 por parte de Pedro IV de Aragón no eliminó las instituciones propias de las Baleares ni modificó el sistema de fuentes del derecho civil, aunque equiparó a los baleares con los catalanes e incluyó a los Usatges de Barcelona como fuente supletoria del Derecho Balear en el Privilegio de San Feliu de Guíxols de 22 de julio de 1365, que se halla contenido en el Llibre de Sant Pere, fol. 162. En las Cortes de Monzón de 1376, los procuradores de Mallorca expusieron tener por franquicia la no aplicación de las constituciones de Cataluña, salvo aquellas que se consideraran convenientes. Como consecuencia se extendió a Mallorca la prescripción de tres años en los créditos a favor de los judíos, capítulo 42; y se tuvo que dictar una disposición específica, similar a la que se había dictado en Barcelona, Valencia y Lérida, las Ordinacions de Sa Garriga, para reprimir el lujo. En realidad, la doctrina más reciente no sólo duda de la certeza de la aplicación del Derecho catalán (SALVÀ RIERA. Derecho de Familia en Mallorca. Palma, 1919, p. 117 y ss.) sino que afirman su falsedad. PLANAS ROSSELLÓ. “La sucesión intestada de los impúberes y la supuesta aplicación de las Constituciones de Cataluña en Mallorca”, en *Ius Fugit*, 8-9. Zaragoza 1999-2000, p. 115 y ss.

10 - PASCUAL GONZALEZ, Luis. Op. Cit. Pág. 26. Ello no implica que el Derecho catalán fuera vigente. De ahí que el Privilegio de Gaeta no se incluyera en la recopilación de Canet y Mesquida de 1622. FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 29.

11 - Coincido en esto con la propuesta de la Profesora Pilar Ferrer, que señala que el Derecho municipal estatutario de Mallorca comprendía Privilegis, frenqueses, usos y estils. FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 29.

El 11 de mayo de 1571 se crea la Real Audiencia de Mallorca, mediante Cédula de Felipe II expedida en Aranjuez. Dos de sus jurados debían ser mallorquines.<sup>12</sup> En 1602, los jurados acordaron realizar una nueva recopilación del derecho mallorquín entonces vigente para lo que se designó una Comisión compuesta por tres miembros: Onofre Salvá, Pedro Moll y Jorge Zaforteza. Fallecidos los dos últimos, fueron sustituidos por Pedro Juan Canet y Antonio Mesquida. Fruto de su trabajo fue la Recopilación de 7 de mayo de 1622. No obstante nunca tuvo este texto fuerza legal.<sup>13</sup> En 1663 se publicó la obra de Antonio Moll “Ordinacions i sumari dels privilegis, consuetuds i bons usos del Regne de Mallorca”, obra particular que tampoco tuvo fuerza legal.

Fueron varias las tesis doctorales que se aprobaron en la Universidad sobre diversos temas jurídicos como por ejemplo “Tractatus de conditionibus et modus impossibilibus et iure prohibitis contractibus et testamentis adscriptis” de Pablo Durán.<sup>14</sup>

En esta época el sistema de fuentes era: 1º el Derecho municipal formado por los franqueses, privilegis, pragmàticas, ordinacions, stils e bons usos; 2º el Derecho canónico; 3º el Derecho común civil como derecho propio; 4º la jurisprudencia de la Audiencia de Mallorca.<sup>15</sup>

## **2.2. DERECHO ESPECIAL DE LAS BALEARES DESPUES DE LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA. COSTUMBRE Y TRADICIÓN JURÍDICA.**

La derrota de Mallorca, Ibiza y Formentera en la guerra de Sucesión hizo que a raíz del Decreto de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1715

---

12 - Los principales hitos jurídicos entre 1439 y 1571 en Mallorca son los siguientes: En 1449 se publican las Ordenaciones de Micer Falcó y en 1471 las de Mossèn Castelló. El 27 de marzo de 1510 se promulga el Decreto de las Cortes de Monzón, sobre hijos puestos en condición.

13 - Es aconsejable consultar la edición actualizada y comentada del Prof. Planas Rosselló. PLANAS ROSSELLÓ, Antonio. Recopilación del Derecho de Mallorca de 1622 por los doctores Joan Canet, Antoni Mesquida y Jordi Zaforteza. Palma, 1996.

14 - Lo citamos por no estar incluido en la referencia de FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 30-31. Se puede consultar en la Biblioteca Bartolomé March.

15 - Conforme establece la Ordinació nova de la recopilación de Canet y Mesquida. FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 30. Según Pascual González: 1º los privilegios, costumbres y usos peculiares de Mallorca; 2º el derecho romano justiniano como derecho propio; 3º la jurisprudencia de la Audiencia de Mallorca. PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit. Pág.33.

desaparecieran las instituciones propias, en especial se suprimió la Universidad Luliana de Palma de Mallorca (en la que se estudiaba el derecho propio), se reorganizó la Audiencia (que dejó de ser la última instancia judicial) y se suprimieron los jurados y el Gran i General Consell, pasando a ser el monarca el único poder legislativo.<sup>16</sup> Con ello, aunque se conservara el derecho civil propio, este quedó absolutamente petrificado. La Real Cédula de 31 de Agosto de 1736 confirmó el derecho propio de Mallorca, sin posibilidad de realizar novedad alguna.<sup>17</sup> El sistema de fuentes se altera, quedando como sigue: 1 ° El Decreto de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1715 y la legislación general emanada del Monarca. 2 ° El Derecho propio de Mallorca (que incluía *costums, stils e bons usos*. 3 ° el Derecho de Castilla.<sup>18</sup>

Se conservan de esta época recopilaciones de sentencias de la Audiencia como la realizada por Juan Antonio Artigues Suau en 1728 con el nombre de “*Liber exemplarium*”, (repertorio alfabético de jurisprudencia, en especial la del siglo XVII, manuscrito en latín), o las recogidas por Miguel Serra Maura con los títulos siguientes: “*Decisiones Regii Maioricarum Senatus aliorumque eiusdem regni tribunalium*”, “*Decisionum regii senatus aliorumque tribunalium maioricarum super diversos variosque tum canonicae tum civilis jurisprudentiae articulos recolectio*”, “*Decisiones Senatus Maioricensis*”, “*Practica vulgaris in huius maioricarum Regnii curiis observare solita*

---

16 - FERRER VANRELL, Pilar. *Lecciones de Derecho Civil Balear*. 3<sup>a</sup> edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 32-33.

17 - Dicha petrificación tendría tres excepciones:

- La Real Cédula de 1736, que elevó a rango de legislación escrita de costumbres preexistentes (en concreto, el derecho que se otorga al fiduciario de retener la herencia hasta que se le hayan pagado las detracciones, mejoras, etc.).

- El Real Acuerdo de 26 de agosto de 1782 dio validez a las donaciones mortis causa otorgadas ante Párroco siempre que se otorgaran en casos de urgencia o en puntos donde fuera difícil encontrar escribano públicos, siempre que se protocolizaran después ante Notario público.

- La Real Orden de 16 de junio de 1787 permitió adelantos de alimentos en favor de los sucesores.

Excepciones derivadas de la potestad del Monarca y no de instituciones propias.

18 - FERRER VANRELL, Pilar. *Lecciones de Derecho Civil Balear*. 3<sup>a</sup> edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 34.

cum aliquibus perutilibus annota mentis”.<sup>19</sup>

En Menorca no fue aplicado el Decreto de Nueva Planta hasta el siglo XIX.<sup>20</sup> El Tratado de Utrecht, suscrito el 13 de julio de 1713, concedió a Inglaterra la soberanía sobre Menorca. En concreto, las Capitulaciones de la Paz de Utrecht en sus artículos 10 y 11 estipularon que Inglaterra garantizaría a los menorquines el gozo seguro y pacífico de todos sus bienes y honores, incluyendo en este último concepto el conjunto de sus antiguos fueros y privilegios.<sup>21</sup> Así el derecho aplicable al “*ius commercii*”, los derechos patrimoniales y de obligaciones sería el integrado por las leyes y costumbres de Menorca incluso cuando las relaciones se establecieran con los colonos griegos, moros y judíos traídos por los británicos, el derecho de familia tampoco sufrió variación puesto que el factor religioso impidió las relaciones mixtas. “Los ingleses respetaron tanto el derecho sustantivo menorquín, con su orden de prelación de fuentes, como las normas de procedimiento judicial”.<sup>22</sup> Las sucesivas conquistas de Menorca por parte de franceses en 1756, ingleses en 1763, españoles en 1782, nuevamente ingleses en 1798 y finalmente españoles en 1802 permitieron que en Menorca las instituciones y los fueros propios se conservaran hasta el siglo XIX.<sup>23</sup>

---

19 - A pesar de la desaparición de la Universidad y de la necesidad de que los juristas se educaran en universidades donde el derecho foral balear no era objeto de estudio, merecen ser mencionadas algunas tesis doctorales realizadas entonces: “*Deprompta ex utroque civili et canonici theorematum*” de Juan Bisquerra Seguí (1763) y “*Theorematum ex utroque civili et canonici iure*” de Bartolomé Bennàssar Bisquerra (1766). Otras aportaciones doctrinales fueron “La disertación crítica legal sobre la condición de armas puras, solas y sin mezcla, ordenadas en los fideicomisos por algunos testadores” de Buenaventura Serra Ferragut (1780), y el “*Epítome del origen y etimología del proceso de cabrear en este Reino de Mallorca los censos*” de Guillermo Tarrasa. Todas ellas han sido consultadas por el autor de este artículo en la Biblioteca Juan March.

20 - A mediados del año 1707 un ejército de Felipe V desembarcó para sofocar la rebelión de los menorquines y una real Orden de 27 de agosto extendió a Menorca el Decreto de Nueva Planta del 29 de junio del mismo año, que había derogado los derechos municipales de Valencia y Aragón. No obstante, “de la lectura atenta de su texto y el examen de los hechos posteriores permite deducir que dicha Real Orden sólo estableció que los asuntos de la isla se canalizaran a través del Consejo de Italia, por haberse suprimido el Consejo de Aragón, sin alterar las instituciones menorquinas”. PINA HOMES, Román. Op. Cit. Pág. 16. Nota 1.

21 - PINA HOMES, Román. Op. Cit. Pág. 25 y 27.

22 - RAMIS, Antonio. “Noticias relativas a la isla de Menorca”. Mahón 1829. Cuaderno IV, pág. 90.

23 - El Duque de Crillon prometió en 1781, al conquistar la isla para Carlos III, conservar los privilegios, franquicias, usos y costumbres con que se gobernaban los menorquines antes de la conquista inglesa, lo que se confirmó mediante la Real Orden de 16 de febrero de 1782. No obstante por Real Cédula de 24 de junio de 1783 el rey Carlos III resolvió tratar a la isla “como otra cualquiera posesión española, y que sus negocios sigan el curso regular por las vías y tribunales que tengo establecidos para el gobierno de mis reinos” lo que no supuso la extinción de las instituciones propias, sino la adaptación de las ya existentes al organigrama administrativo del reino, sin perjuicio de la conservación íntegra del derecho Privado, Penal y Procesal que integraba su ordenamiento jurídico peculiar, sus leyes municipales. La última dominación británica, en 1798, modificó la administración municipal de la isla por ley de 24 de abril de 1798, lo que supuso la extinción de las instituciones propias de la isla. Esta extinción se confirmó con la definitiva conquista española en 1802 mediante la Real Orden de 14 de abril de 1802. En todo caso no fue modificado ni derogado el derecho Privado de la isla. PINA HOMES, Román. Op. Cit. Pág. 56 a 59, 74 a 77 y 80 a 81.

### 2.3. LA CODIFICACIÓN.

El primer intento codificador en España fue la propuesta de Espiga y Gadea aprobada por las Cortes de Cádiz el 5 de febrero de 1811 y que fue recogida en el artículo 258 de la Constitución de 1812, con arreglo al cual: “Los Códigos civil, penal y de comercio serán unos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias pudieran hacer las Cortes”.<sup>24</sup> La corriente unificadora dio lugar a numerosos proyectos de Código Civil, de entre los que destaca el Proyecto de 1851.<sup>25</sup> Proyecto absolutamente centralista que declaraba derogados todos los fueros, leyes usos y costumbres anteriores, incluido el derecho foral.<sup>26</sup>

En esta época la doctrina mallorquina tiene una especial preocupación por los censos alodiales como se manifiesta en las “Reflexiones sobre laudemios, tascas y demás impuestos en usos del directo dominio que entiende abolidos un labrador murense por él remitidos a su corresponsal vecino de esta ciudad” de Buenaventura Villalonga (1820), y la “Exposición por la que se manifiesta y prueba que los diezmos y los alodios son respectivamente derechos de propiedad y no de señorío” de Gabriel Nadal (1821).

Ante la férrea oposición de los foralistas el proyecto de Código fue apartado y dio paso a una serie de leyes especiales aplicables a todo el territorio nacional.<sup>27</sup> Nuevamente los foralistas se opusieron a este sistema

---

24 - Inmediatamente se iniciaron los trabajos de codificación, nombrándose Comisiones en 1813 y 1814. La reacción absolutista de 1814 interrumpió los trabajos, reanudándose en 1820 con el trienio liberal. En 1822 se hacen públicos en parte los trabajos realizados que no llegarían a fructificar con la reacción absolutista de 1823. CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. Tomo I. Volumen I. Ed. Reus, S. A. Madrid 1988. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. ISBN 84-290-1282-6. Págs.239 y siguientes).

25 - Los primeros fueron privados (el de Pablo Gorosábal de 1832, el de Fernández de la Hoz de 1834, y sobre todo el comenzado en 1833 por Manuel María Cambronero y concluido en 1836 por Vizmanos, Tapia y Ayuso). En 1833 Joaquín María López creó la Comisión General de Codificación que presidió Florencio García Goyena, y que presentó al Gobierno el 8 de mayo de 1851 un proyecto cuyos autores fueron García Goyena, Bravo Murillo, Luzuriaga, y Sánchez Puy. Navarra y el País Vasco habían perdido la autonomía legislativa en virtud del Convenio de Vergara, que puso fin a la primera Guerra Carlista y dio lugar a las leyes de 1839 y 1841, pero sus fueros se respetaron.

26 - Finalmente no fue promulgado dada la oposición de los foralistas. PERAL RODRIGUEZ, Fernando. “Formación histórica del Código Civil”. Revista Tapia. Enero-Febrero de 1992.

27 - Ley sobre capacidad de extranjeros de 17 de noviembre de 1852, Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, Ley de Aguas de 1866, Ley del Matrimonio Civil de junio de 1870 y la Ley del Registro Civil, Ley sobre interdicción civil de 18 de junio de 1880, Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881.



de creación de leyes de aplicación general para toda España.<sup>28</sup>

Hasta la promulgación del Código Civil, el sistema de fuentes en derecho común español era el siguiente:<sup>29</sup> 1º Las leyes posteriores a la Novísima Recopilación y su Suplemento, prefiriendo las de fecha más moderna; 2º La Novísima Recopilación, de 15 de julio de 1805, y su Suplemento, de 15 de enero de 1808; 3º Leyes de la Nueva Recopilación, de 14 de marzo de 1567, que no estuviesen incluidas en la Novísima Recopilación ni hubiesen sido derogadas; 4º El Fuero Real, el Fuero Juzgo y los Fueros Municipales, en cuanto se probase su uso y observancia; 5º Las Partidas (prefiriéndose, según sentencia del Tribunal Supremo la edición de Gregorio López al de la publicada por la Academia de la Historia).

Sin embargo, en Baleares, las fuentes de derecho diferían:<sup>30</sup> 1º El Decreto de Nueva Planta; 2º Las leyes especiales dictadas para Mallorca posteriores al mismo; 3º Las leyes de carácter general de aplicación a todo el territorio español y posteriores a aquel; 4º El derecho peculiar de Mallorca, privilegis, franquicies, ordinacions, consuetuds, usos, stils, etc.; 5º El Derecho Romano Justiniano como derecho propio. La aplicación del derecho romano se confirma especialmente en cuanto se refiere a sucesión testada e intestada así como en partición de herencias, lo que se confirma en las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de octubre de 1868, 12 de noviembre de 1872, 8 de marzo de 1879, 11 de enero de 1881, 21 de marzo de 1883 y 14 de noviembre de 1887; 6º La jurisprudencia de la Audiencia del Territorio. En la práctica del foro se imponían las Partidas y la Novísima Recopilación.

La pugna entre foralistas y codificadores hizo que Saturnino Alvarez Bullagal, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia, incluyera en la restablecida<sup>31</sup> Comisión General de Codificación un letrado de reconocido

---

28 - Durán i Bas resucitó la polémica que en 1814 había enfrentado en Alemania a Thibaut, positivista, con Savigny, historicista, y que “consideraba la unificación de las normas en un código un producto de laboratorio contrario a las tradiciones sociales y jurídicas”.

29 - CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. Tomo I. Volumen I. Ed. Reus, S. A. Madrid 1988. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Pág. 263.

30 - PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit. Pág. 39, 76 y 77.

31 - Por Real Decreto de 10 de mayo de 1875.

prestigio de Baleares.<sup>32</sup> En Baleares, el jurista designado fue Pedro Ripoll y Palou, que entregó una Memoria sobre el Derecho que debía conservarse en fecha de 28 de diciembre de 1880.<sup>33</sup>

Siendo ministro Alonso Martínez, se presentó a las Cortes el Decreto de 21 de octubre de 1881 que sometía un Proyecto de Ley de Bases de Código Civil y que fue rechazado entre otros motivos por la oposición de los foralistas, puesto que aunque reconocía a los derechos forales, establecía que el Código Civil sería supletorio de primer grado de los derechos forales. Por Real Decreto de 7 de enero de 1885, siendo Francisco Silvela ministro de Gracia y Justicia, se presentó al Senado otro proyecto de ley de bases que sí respetaba el derecho supletorio propio de cada uno de los derechos forales. Este proyecto sería aprobado el 11 de mayo de 1888, siendo nuevamente ministro Alonso Martínez. La ley de bases regulaba la materia foral en sus artículos 5 a 7, reconociendo la vigencia del derecho foral y la supletoriedad de segundo grado del Código Civil, previendo el reflejo del derecho foral mediante Apéndices y ordenando la vigencia del Código en Aragón y en Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se opusiera a las disposiciones forales o consuetudinarias vigentes.<sup>34</sup> El Real Decreto de 24 de julio de 1889 mandó la publicación definitiva del Código Civil que en su artículo 12 establecía la conservación de momento

---

32 - “Un letrado de ciencia y práctica reconocidas, por cada uno de los territorios de Cataluña, Aragón, Navarra, las Provincias Vascongadas, las Islas Baleares y Galicia, los cuales serán destinados a la sección primera con el carácter de miembros correspondientes. En el término de seis meses, contados desde la fecha de su nombramiento, redactaron dichos letrados una Memoria acerca de los principios e instituciones de Derecho foral que por su vital importancia sea, a su juicio, indispensable introducir como excepción para las respectivas provincias en el Código General; y también de aquellos otros de los que, por innecesarios o desusados, pueda y deba prescindirse; concluyendo, por formular su pensamiento en artículos. Llegado el caso de la discusión de estas materias, como también de cualesquiera otras en que quieran tomar parte, podrán asistir a la sección primera con voz y voto, a cuyo efecto serán convocados por su Presidente” (Artículo 4 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880). Los siguientes letrados cumplieron: Manuel Durán y Bas que redactó la Memoria de Cataluña (1883), Luis Franco y López la de Aragón (1886), Antonio Morales la de Navarra (1884), Pedro Ripoll y Palou la de Baleares (1885), Manuel Lecanda la de Vizcaya (1888) y Rafael López Lago la de Galicia (1852). Menorca no tuvo representante por llegar tarde a la convocatoria. Ibiza no puso objeciones.

33 - Para un análisis más pormenorizado de la Memoria, FERRER VANRELL, Pilar. *Lecciones de Derecho Civil Balear*. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 42 y ss.

34 - Este trato especial dado a las islas obedeció a que en la discusión parlamentaria los representantes de la entonces región no apoyaron el llamamiento de Durán y Bas para la íntegra defensa de los derechos propios, ya que la tendencia dominante en los juristas de las Islas era la unificadora, si bien matizada con las pocas instituciones que excepcionalmente fueron recogidas en la Memoria de Pedro Ripoll y Palou.

del derecho foral, y que en su artículo 13 recogía la excepción de Aragón y Baleares.

El Apéndice de Aragón fue el único que se aprobó, en 1925. El Apéndice de derecho foral de las Baleares fue redactado en 1903 pero no fue aprobado. Esta tardanza en aprobar el Apéndice, junto con la equívoca redacción del antiguo artículo 13 llevó a la inseguridad jurídica puesto que no se aclaró si el Código civil pasaba a ser de aplicación directa en cuanto no contradijera el derecho foral que debía recogerse en dicho Apéndice todavía no redactado, o si el Código era vigente sólo como supletorio del derecho foral, no aclarándose tampoco si era supletorio de primer grado o sólo después del Derecho Romano, que hasta entonces había sido el derecho foral supletorio. Esta ambigüedad se resolvió por la jurisprudencia en el sentido de equiparar los artículos 12 y 13 del Código Civil, dando a Aragón y a Baleares el mismo trato que a las demás legislaciones forales, es decir, considerar al Código como aplicable solamente como derecho supletorio de segundo grado. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en sentencias de 7 de mayo de 1903, 6 de junio de 1905, 2 de marzo de 1912, 31 de mayo de 1911, 8 de mayo de 1925 y 25 de noviembre de 1925. También la jurisprudencia menor se pronunció en el mismo sentido en sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 25 y 29 de mayo de 1891, 7 de abril de 1892, etc.

Las fuentes del derecho especial de las Baleares en esta fase son las siguientes:<sup>35</sup> 1º Las leyes de carácter general de aplicación a todo el territorio español y posteriores al Código Civil; 2º Título Preliminar y Título 4º del libro 1º del Código Civil, y leyes de carácter general de aplicación a todo el territorio español que hayan reemplazado a otras posteriores al Decreto de Nueva Planta; 3º Las leyes de carácter general de aplicación a todo el territorio español y posteriores al Decreto de Nueva Planta y anteriores al Código Civil, no derogadas por él; 4º El derecho peculiar de Mallorca, aplicando en primer lugar los privilegios, franquicias, ordinations, consuetuds, usos, stils, etc., en su defecto aplicando las costumbres jurídicas de vigencia probada, y a falta de estas el Derecho Romano Justiniano como derecho propio, (en especial en materia de sucesiones, régimen económico matrimonial, capacidad de la mujer casada, servidumbres,...). Estas normas eran aplicables siempre que fueran opuestas al Código Civil y que estuvieran vigentes en el momento de la promulgación del mismo.

La aplicación del Derecho Romano se confirma especialmente en cuanto

---

35 - PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit. Págs. 50 a 55, 72, 85 a 89.

se refiere a sucesión testada e intestada así como en partición de herencias, lo que se confirma en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1894, sobre obligación de afianzar del usufructuario, de 6 de junio de 1905 y de 8 de mayo de 1925, en materia de sustituciones fideicomisarias hasta el cuarto grado o generación, la de 28 de diciembre de 1923 y de 10 de marzo de 1932, en materia de sustituciones testamentarias, la de 8 de mayo de 1925, referente a sucesión intestada. También se aplica dicho derecho en materia no sucesoria, como en la sentencia de 2 de marzo de 1909, en materia de depósito, la de 2 de mayo de 1912, en materia de prescripción. La Dirección General de los Registros y el Notariado también se pronunció al respecto en la resolución de 19 de septiembre de 1929, que trata de venta para pago de deudas en caso de prohibición de enajenar y de fideicomiso. La Audiencia Territorial se pronunció en igual sentido en las siguientes sentencias: 10 de septiembre de 1901, sucesión testada, 18 de junio de 1902, indignidad, 4 de julio de 1908, institución de heredero, 18 de mayo de 1918, que exime de toda prueba y alegación la vigencia del Derecho Romano, 30 de abril de 1926, sustitución fideicomisaria, 24 de noviembre de 1931, sucesiones, la nº 28 de 1936, de marzo, sucesión testamentaria y 27 de marzo de 1941, que reconoce la vigencia de la cuarta falcidia; 5º El Código Civil en cuanto no se opusiera a las disposiciones forales o consuetudinarias vigentes a su publicación.

## **2.4. LOS PROYECTOS DE APENDICE BALEAR AL CODIGO CIVIL.**

### **a. El Proyecto de 1903.<sup>36</sup>**

En cumplimiento de los Reales Decretos de 17 y 24 de abril de 1889 se constituyó la Comisión Especial de Derecho Foral de las Islas Baleares encargada de la redacción del Apéndice Balear al Código Civil.<sup>37</sup> El Proyecto fue finalizado el 20 de febrero de 1903. Si bien recogía un gran número de instituciones forales, fue objeto de críticas. La primera fue la realizada por dos de los vocales (Manuel Guasp y José Socías) que formularon en 1916 un voto particular por no haber sido recogidas las instituciones menorquinas ni las de Ibiza y Formentera, así como por no haberse recogido diversas

---

36 - COMISION ESPECIAL DE DERECHO FORAL DE LAS ISLAS BALEARES. "Proyecto de Apéndice al Código Civil Español redactado por la mayoría de la Comisión Especial de Derecho Foral de las Islas Baleares y voto particular formulado sobre dicho Proyecto". Escuela Tipográfica Provincial. Palma de Mallorca 1916.

37 - Fue presidida por Pedro Ripoll i Palou, y fueron vocales Pedro Sampol, Manuel Guasp i Pujol, José Socías i Gradolí, Miguel Ignacio Font i Muntaner y Enrique Sureda i Morera.

instituciones mallorquinas. Dicho voto es partidario de la derogación de todo derecho especial de las Baleares con la única excepción del régimen matrimonial de separación de bienes. Una laguna importante fue la omisión del Derecho Romano como fuente supletoria de derecho propio.

### **b. El Proyecto de 1920.**

De acuerdo con la Ley de 11 de mayo de 1888, el 2 de junio de 1921 el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca emitió un informe, firmado por su Decano Ramón Obrador, que dio lugar a modificaciones en el proyecto de 1903 por parte de la Comisión de Derecho foral de las Islas Baleares y a su aprobación por la Junta General de 7 de septiembre de 1920. Se publicó por vez primera en 1921. La Diputación Provincial de Baleares lo adoptó en sesión de 5 de mayo de 1924. Omitió la referencia al Derecho Romano como supletorio.<sup>38</sup>

### **c. La Segunda República.**

La Constitución de 1931 no sólo permitió la subsistencia de los derechos forales, sino que además confirió autonomía legislativa a las Regiones Autónomas, con ciertas reservas, incluyendo aquellas en las que el derecho foral era inexistente.

Las Baleares no llegaron a constituir instituciones políticas propias, si bien debe destacarse el Proyecto de Estatuto autonómico balear que no llegó a aprobarse. Este Proyecto finalizado el 23 de julio de 1931 no tuvo el apoyo de los representantes menorquines y pasó a denominarse “Proyecto de Estatuto Autonómico de Mallorca e Ibiza”. La posterior proclamación de la República permitía a las Baleares constituirse como Región Autónoma, como hizo Cataluña en 1932. No obstante las disensiones entre Mallorca y Menorca impidieron la creación de un ente autonómico, que en la Constitución de 1931 no era obligatorio,<sup>39</sup> con lo que se perdió la posibilidad de asumir competencias legislativas autonómicas que regularan de nuevo instituciones civiles propias.

---

38 - COMISION ESPECIAL DE DERECHO FORAL DE LAS ISLAS BALEARES. “Proyecto de Apéndice al Código Civil Español redactado por la mayoría de la Comisión Especial de Derecho Foral de las Islas Baleares y voto particular formulado sobre dicho Proyecto”. Informe del Colegio de Abogados de Palma sobre el Proyecto de Apéndice al Código Civil. Articulado del Proyecto de Apéndice al Código Civil aprobado por el Colegio de Abogados de Palma”. Escuela Tipográfica Provincial. Palma de Mallorca 1930. PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit. Pág. 59.

39 - RIBAS MAURA, Andrés. “El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares”. Edición de la Universitat de les Illes Balears. Palma de Mallorca julio de 1988. Págs.95 a 105.

#### **d. El Proyecto de 1949.**

Una Orden del Ministerio de Justicia de 3 de Agosto de 1944 autorizó la celebración en Zaragoza de un Congreso de Juristas de las diversas regiones forales para estudiar la situación de sus respectivos derechos. El Congreso se celebró los días 3 al 9 de octubre de 1946. En sus conclusiones se descartó el sistema de Apéndices y se propuso un estudio más profundo de las especialidades forales, con la intención de elaborar un Código Civil General que recogiera también las normas de derecho foral. El primer paso para ello será la Compilación del derecho propio de cada una de las regiones forales.

El Decreto de 23 de mayo de 1947 y la Orden de 24 de junio de 1947 establecieron la constitución de Comisiones de Juristas de reconocido prestigio en los territorios forales.<sup>40</sup> Mediante la Orden de 10 de febrero de 1948 se constituyeron las Comisiones de Juristas de Aragón, Cataluña, Navarra, Galicia, Baleares y Vizcaya.

La Comisión de Juristas redactó el Proyecto el 22 de febrero de 1949, el cual recogió y analizó Luis Pascual y González en su obra Derecho Foral de Mallorca, publicada por la imprenta de Mossèn Alcover en 1951. Este Proyecto recoge instituciones no contempladas en proyectos anteriores (como la Sociedad Rural menorquina, o los “espolits” ibicencos), hace referencia expresa al derecho romano como derecho supletorio y mejora la regulación de derecho sucesorio.<sup>41</sup>

### **2.5. TRADICIÓN JURÍDICA DE LOS JURISTAS LOCALES DESDE DE LA MEMORIA DE PEDRO RIPOLL I PALOU HASTA LA PUBLICACION DE LA COMPILACION DE 1961.**

#### **MALLORCA.**

En Mallorca, Pedro Ripoll i Palou en su “Memoria de las instituciones del Derecho Civil de las Baleares” (de 28 de diciembre de 1880, publicada en 1885), y el Colegio de abogados de Palma de Mallorca en su “Exposición elevada por el M. I. Colegio de Abogados de Palma de Mallorca al Excmo. Ministro de Gracia y Justicia con motivo de la proyectada codificación del derecho civil común y foral” (1881), adoptaron una posición de conservación

---

40 - Formaron la Comisión de Baleares: Gonzalo Fernández de Castro como presidente, Manuel Cerdó, José Quiñones, Gabriel Subías, Germán Chacártégui, Juan Alemany Vich y Félix Pons.

41 - PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit. Pág. 422 y ss.

de instituciones consideradas básicas en derecho mallorquín desechando las que consideró obsoletas.

El magistrado Emilio Bravo publicó en la Biblioteca judicial la obra “Derecho Civil vigente en Mallorca”(1888), prologada por Antonio Maura, que recoge algunas de las instituciones vigentes en Mallorca, así como jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las mismas. También afirma la vigencia del derecho Romano como principio constitutivo de las instituciones propias, sobre todo en lo referente a las instituciones de derecho sucesorio, si bien en lo que se refiere a la sucesión intestada se plantearon dudas como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a raíz de la Ley de Mostrencos.

José María Quadrado recoge en una edición actualizada y traducida del latín al castellano “Los privilegios y franquicias de Mallorca, cédulas, capítulos, estatutos y órdenes y pragmáticas dictadas por los reyes de Mallorca, de Aragón y de España desde el siglo XIII hasta el fin del siglo XVII”. Fue impresa en Palma en la Escuela Tipográfica Provincial en 1894 y en 1896. También es interesante la consulta de “Forenses y ciudadanos”, del mismo autor.

Una importante contribución doctrinal fue la de Matías Mascaró i Alberty, notario que recogió exhaustivamente el “Derecho Foral de Mallorca” en un libro que vio cuatro ediciones (1891, 1893, 1896 y 1904) sucesivamente ampliadas en su contenido, de las que merece destacar la última de ellas, a pesar de las críticas de que fue objeto, no tanto por alguna inexactitud, sino por la postura acérrimamente foralista que adoptaba su autor.

El derecho foral de familia y sucesiones fue objeto de especial estudio como tema de tesis doctorales: en 1904 el notario Manuel Cerdá presentó su tesis sobre “Derecho foral vigente en Mallorca en materia de sucesiones”, que no fue publicada.<sup>42</sup> En 1913 se publicó en Madrid la tesis “Legítima foral de los ascendientes según el derecho de Mallorca”, de Juan Aguiló Valentí; en 1918 se publicó la tesis doctoral de Jaime Salvá Riera titulada “El Derecho de Familia en Mallorca”, que refleja la evolución del derecho histórico mallorquín para después estudiar el entonces vigente.

En 1913, Enrique Sureda escribió el artículo “Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca” (publicado el 15 de noviembre en La Revista de Derecho Privado. Año I. nº 2). En este artículo afirmaba la aplicación de los Usatges, constituciones y capítulos de la ciudad de Barcelona como fuente supletoria del derecho mallorquín, con preferencia al derecho romano que,

---

42 - PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit.Pág.66.

según él, debía ser fuente de tercer grado.

Incidiendo en el tema de fuentes, la doctrina nacional prestó especial atención al sistema de fuentes que debían regir en Aragón y en Baleares como consecuencia de la confusa redacción del artículo 13 del Código Civil.<sup>43</sup>

Benet Pons i Fábregues, después de estudiar el derecho histórico de Mallorca, (“La Carta de Franquesa del rei En Jaume”. Impreso en Palma en 1917 y “Les franqueses concedides a Mallorca pel rei Jaume I”. Congrés de la Història de la Corona D’Aragó. Vol. I. Pág. 52 a 60. Barcelona 1909), disertó sobre “El dret foral i l’autonomia a Mallorca”, conferencia que fue publicada en la imprenta palmesana de Francesc Soler en 1919.

La polémica creada por la confusión sobre la aplicabilidad del Derecho Civil común o el Derecho Romano fue especialmente intensa en materia legitimaria y de sucesión abintestato. Consecuencias de ello son las obras “Declaración de herederos” de Martín Rimbau Lazcano (impreso en Inca en 1917), “La legítima de los ascendientes en Mallorca” de Juan O’Callaghan (publicado en la Revista de Derecho Privado, Tomo V. Pág.149. Año 1918); y el “Dictamen nº 10: Sucesión intestada en Mallorca” de Antonio Maura i Muntaner (publicado el 4 de febrero de 1919 dentro del Tomo IV de su obra Dictámenes. Págs. 127 a 132). En todas ellas se afirma la aplicabilidad del Derecho Romano en materia sucesoria y en especial en la sucesión abintestato, a pesar de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1919.

La peculiaridad mallorquina de la imprescriptibilidad de los censos fue objeto de especial análisis en dos libros: “Imprescriptibilidad del capital de los censos y de sus últimas 29 pensiones” (1921); y “Nuevos datos sobre la imprescriptibilidad del capital de los censos y de sus últimas 29 pensiones”

---

43 - Así en el Tratado de Derecho Civil de Ennecerus (Tomo I. Volumen I. Pág. 48 y 57), Pérez González y Alguer defendió la aplicación directa del Código Civil, salvo oposición del derecho propio de las Baleares, no incluyendo en este el derecho supletorio privativo de las islas, es decir, el Derecho Romano Justiniano. De la misma opinión era Mucius Scaevola en la obra “Código Civil”(Tomo I. Pág.154). Sin embargo Valverde en su “Tratado de Derecho Civil Español” (Tomo I. Pág.167) interpretó que el Código Civil pasaba a ser derecho supletorio de primer grado, derogando el supletorio privativo de las Baleares. No obstante José Castán Tobeñas en “Derecho Civil” (séptima edición. Tomo I. Pág.93) y en “La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales” (Biblioteca de la revista de Legislación y Jurisprudencia, Volumen 5, págs.16 y 17) entendió, con el Tribunal Supremo, que no existía diferencia entre Aragón y Baleares y las restantes regiones forales, o sea, que el Código Civil se aplicaba como derecho supletorio en defecto del que lo fuera en cada una de los ordenamientos forales o especiales. También en 1913 Francisco de la publicó el artículo “Indicación de los fueros, leyes y códigos que rigen en Mallorca” dentro de la revista jurídica madrileña “La reforma legislativa”.



(1924) de Miguel Singala Cerdá.

En 1926 se publica en la imprenta de Francisco Soler i Prats las “Alegaciones en derecho sobre reclamación de bienes procedentes de D. Jerónimo Quetglas Guiscafré formuladas por los abogados en defensa de D. José Sureda i Massanet y D. Valentí Massanet i Beltrán.” de Pedro Bonet de los Herreros y Tomás Muntaner.

El Colegio Notarial de las Baleares publicó en 1931 un folleto que contenía la resolución a seis cuestiones planteadas al Comité de Consultas de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, de las cuales la tercera y la quinta son de derecho foral.

Luis G. Pascual y Ruiz realizó un estudio de una figura exclusiva del derecho mallorquín, “La institución del heredero distributivo”, publicado en la Revista de Derecho Privado en 1931.

También dentro de la Revista de Derecho Privado en 1931, Luis Pascual González elaboró un nuevo estudio de las fuentes del derecho privativo de Mallorca titulado “Bosquejo histórico y estado actual de las fuentes de derecho Foral de Mallorca”.

Antonio Pons Pastor continuó con sus recopilaciones del derecho histórico peculiar de Mallorca: en 1931 escribió “Dos estatuts del Govern de Mallorca(1398-1440). Pragmática d’Anglesola. Règim de Concòrdia”, y en 1932 y 1934 “Constitucions e ordinacions de Regne de Mallorca (segles XIII a XV)”.

En 1949, Félix Pons Marqués, abogado y vocal de la Comisión encargada de la redacción del Proyecto de Apéndice de 1949, sintetizó el derecho mallorquín en el artículo de la revista “Nueva Enciclopedia Jurídica” titulado “Derecho Civil de Mallorca”. En el Tomo I, págs. 271 y siguientes afirma la vigencia del Derecho Romano en lo relativo a las sucesiones mortis causa.

Antonio Pons, en 1949, publicó el “Llibre del Mostassaf de Mallorca” que recoge las actuaciones de esta figura que, entre otras, era competente en materia de servidumbres urbanas.

## **MENORCA.**

En Menorca, Pedro Ballester i Pons en su obra “Las instituciones forales de Menorca” (1899) y el Colegio de Abogados de Mahón en escrito que no llegó en plazo a la Comisión General de Codificación, estudió las instituciones forales menorquinas diferenciándolas de las mallorquinas y cediendo a la tendencia unificadora de la codificación en la mayoría de los

casos.<sup>44</sup> El mismo autor publica en 1905 el libro “Costumbres populares de Menorca”.

En Menorca no se vuelve a publicar texto alguno en materia de derecho especial de la isla hasta 1918, año en que, de nuevo, Pedro Ballester publica en la Revista de Menorca un artículo referente a la aparcería titulado “Sobre ses amitges”. Tema que vuelve a ser estudiado por Daniel Cano en su “Informe sobre la aparcería predial en la isla de Menorca”, publicado en la Revista del Colegio Notarial de Barcelona en 1948.

Otro tema especialmente estudiado por Pedro Ballester i Pons fue el de las sustituciones fideicomisarias, en sus artículos “El fill natural davant la condició si sine liberis Substitució fideicomisària”, publicados en la Revista de Menorca en 1926.

## **IBIZA Y FORMENTERA.**

En Ibiza y Formentera no se realizaría un estudio de las instituciones propias hasta el siglo XX, si bien en los proyectos de Apéndice, en las críticas a los mismos y en diversos estudios de derecho foral se mencionaron algunas de sus peculiaridades.

El primer artículo publicado en materia de derecho especial de Ibiza es “El Estatge” de Sáenz Martínez, publicado en la Revista de Ibiza el 20 de julio de 1946.

Es José Costa Ramón quien realiza un estudio pormenorizado del derecho consuetudinario ibicenco en numerosos artículos publicados en la Revista Ibiza y recopilados en 1946 en un folleto titulado “Derecho Foral Ibicenco” que recoge costumbres en materia de derecho de habitación, servidumbres, donaciones, sucesiones, espolits y aparcería.

## **2.6. LA COMPILACIÓN DE BALEARES.**

Terminado el Proyecto de 1949 por la Comisión de Juristas de Baleares, revisado por la Comisión General de Codificación, se aprobó por las Cortes españolas la Ley de 19 de abril de 1961, Compilación de las Islas Baleares. La Compilación nació como medio de delimitar el derecho consuetudinario balear, pero no se limitó a esto ya que tuvo un carácter innovador.<sup>45</sup> El

---

44 - BALLESTER i PONS, Pedro. “Las instituciones forales de Menorca”. Extracto de la Revista de Menorca. Mahón, 1899.

45 - como se manifestó en la supresión de la presunción Muciana, que dio paso a una presunción de copropiedad de los bienes de los cónyuges, la desaparición de la cuarta marital, dando lugar a la aplicación del Código Civil en materia de derechos legitimarios del cónyuge viudo, y la aplicación del Código Civil en la regulación de la sucesión intestada. Otras novedades

sistema de fuentes a partir de la publicación de la Compilación Balear es: 1º. Disposiciones posteriores a la entrada en vigor de la Compilación sean de aplicación general, sean de derecho especial de las Baleares. 2º Compilación de derecho civil especial de las Baleares, cuyas normas sustituyen a las de derecho anterior escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de la misma. Dichos preceptos se interpretaban teniendo en cuenta la tradición jurídica balear integrada por las antiguas leyes, costumbres y doctrina de los que se derivan. 3º. En su defecto se aplicaba el Derecho Común español, en cuanto no se oponga a la Compilación.<sup>46</sup>

No se aclara la doctrina a la hora de decidir si la aplicación directa del Código Civil en Aragón y en Baleares, como consecuencia de la aplicación específica del antiguo artículo 13 del Código Civil supuso la derogación del derecho supletorio de estas regiones. Autores como Castán afirman que este artículo convirtió al Código Civil como único derecho supletorio,<sup>47</sup> en este sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1964, que declaró inaplicable el derecho romano como derecho supletorio de las Baleares ya que en virtud del artículo 13 del Código Civil, este lo había sustituido, pudiendo aplicarse sin embargo dicho derecho romano en su carácter de derecho consuetudinario.

## **2.7. LA REFORMA DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL.**

La ley de bases de 17 de marzo de 1973 permitió al Gobierno la modificación del Título Preliminar del Código Civil, que fue articulado por el Decreto de 31 de mayo de 1974. Este Decreto manifestó el cambio de mentalidad ya reflejado en las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968 y de 26 de febrero de 1971 en las Compilaciones de Aragón y sobre todo la de Navarra.<sup>48</sup> En la Exposición de Motivos de la Ley de bases

---

son desaparición del *escreix*, reforzamiento de la legítima de los hijos adoptivos, reducción al mínimo de las referencias al derecho romano recogiendo expresamente instituciones sucesorias propias del mismo y mejorando otras (como la posición del cónyuge viudo, o la reducción del límite de llamamientos fideicomisarios), redención de los alodios, computándose para su valoración las mejoras, etc. MASOT MIQUEL, Miguel. “El Derecho Civil de Mallorca después de la Compilación”. Edición de Ediciones Embat y José Olañeta, Editor. Palma de Mallorca, 1979. Págs. 482 a 485.

46 - CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. Tomo I. Volumen I. Ed. Reus, S. A. Madrid 1988. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Pág. 337.

47 - CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. Tomo I. Volumen I. Ed. Reus, S. A. Madrid 1988. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. Pág. 329.

48 - MASOT MIQUEL, Miguel. “El Derecho Civil de Mallorca después de la Compilación”. Edición de Ediciones Embat y José Olañeta, Editor. Palma de Mallorca, 1979. Pág. 500.

se rechazó la consideración de los derechos forales como formas privilegiadas y residuos de normas anacrónicas. El artículo 13, que sustituye al antiguo artículo 12 respeta no sólo “por ahora”, sino plena y definitivamente a los derechos forales, destacando además que dicho respeto alcanza al derecho foral supletorio de tal forma que sólo en defecto de este sería aplicable el Código Civil. Si se considera que el antiguo artículo 13 del CC derogó el derecho supletorio Balear, que era el Derecho romano y, según parte de la doctrina, el Derecho catalán, y aplicó el Código Civil como supletorio del especial, esta polémica carece de sentido en Mallorca donde el CC pasaría a ser supletorio de primer grado (en defecto de ley y costumbre foral).

De todas formas la redacción de la Disposición final 2 de la Compilación de 1961 conducía a la misma conclusión. No obstante la Disposición Final 2 interpretada conjuntamente con la Disposición Final 1 iban mucho más allá, ya que suponían la extinción del derecho consuetudinario hasta entonces existente, de tal forma que a partir de esa fecha el orden de prelación de fuentes sería: 1 ° La Compilación. Interpretada conforme a la tradición jurídica de las islas (en la que se incluían las costumbres tradicionales). 2 ° El Código Civil. 3 ° La costumbre (vigente). 4 ° Los principios generales del derecho.

Esta conclusión que suponía una nueva paralización de nuestro derecho foral fue corregida por la actividad interpretadora de la tradición jurídica, a la que se refería el artículo 2 párrafo 2º, desde el momento en que se permitió una interpretación integradora de las lagunas de la Compilación. La jurisprudencia antes de la Compilación ya se había pronunciado en este sentido en sentencia de 6 de mayo de 1949 del Juzgado n ° 2 de Palma de Mallorca en materia de derecho sucesorio.

## **2.8. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.**

La Constitución española de 1978 es norma superior a las Compilaciones Forales, derogándolas en todo lo que la contradigan y sirviendo como criterio interpretativo ineludible de sus preceptos. Pero además supone la recuperación, por parte de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, de instituciones que permiten su actualización, lo cual implica el definitivo abandono de objetivo unificador predominante desde la redacción del Código Civil.

El artículo 149.1.8 de la Carta Magna establece que el Estado tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: “Legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En

todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

Este artículo se complementa con el artículo 149.1.6 que permite una limitada competencia legislativa en materia procesal en razón de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.<sup>49</sup>

La Constitución supuso el triunfo de las tesis foralistas frente a las autonomistas, ya que se recogió la conservación del derecho foral no en todas las Comunidades Autónomas sino solamente en aquellas donde existía.<sup>50</sup>

Así, a partir de la Constitución y, sobre todo, a raíz del Congreso de Zaragoza de 1981, los derechos forales se consideran ya como verdaderos sistemas orgánicos, con sus propias fuentes y sus propios principios informadores que hacen posible la autointegración y la analogía.<sup>51</sup> Con ello quedan abandonadas las tesis que consideraban al derecho foral como un derecho excepcional e incluso las teorías intermedias como la de LASARTE según la cual “El límite constitucional del desarrollo del derecho civil foral ha de identificarse con las instituciones características y propias de los

---

49 - Lo que a nuestro entender permite no sólo la conversión del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma en la última instancia en materia de derecho civil foral, sino también la regulación específica de las causas de recurso de casación, y la formación de una jurisprudencia foral del derecho civil propio de la respectiva Comunidad Autónoma.

50 - En este sentido LACRUZ BERDEJO escribió: “Hay competencia sobre derecho civil en algunas Comunidades Autónomas y no en todas, porque en las primeras, previamente hay un derecho civil foral o especial, con las características que en cada caso tenga. Si este dato histórico es la razón de esta excepcional diferenciación constitucional entre Comunidades, tal razón no puede darse de lado al interpretar el sentido y límites de la competencia legislativa atribuida.” LACRUZ BERDEJO. “Elementos de Derecho Civil”. Tomo I. Volumen I. Revisada y adicionada por DELGADO ECHEVERRÍA. Barcelona, 1988. p. 110. En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, en Derecho Privado y Constitución, año 1, n.º 1, 1993, p. 62.

51 - ALVAREZ SALA. Anuario de Derecho Civil. 1982-2. En el mismo sentido, entiende Martín Ballesteros que los derechos forales son derechos auctóctonos que forman un cuerpo de derecho completo y que obedecen a unos principios generales característicos e independientes.

territorios forales que, tradicionalmente, han sido reguladas de forma distinta por el derecho común y por los derechos forales.”<sup>52</sup>

El artículo 149.1.8 fue recogido posteriormente en la redacción de todos los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas con derecho civil compilado<sup>53</sup> e incluso en algunas que carecían de Compilación, como Extremadura,<sup>54</sup> la Comunidad valenciana<sup>55</sup> y otras en menor medida.<sup>56</sup> Todas

---

52 - LASARTE ALVAREZ, Carlos. “Principios de derecho civil”. I. “Parte General y derecho de la persona”. Madrid 1992. p. 56.

53 - El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (L.O. 2/1983, de 25 de febrero) reprodujo el artículo 149.1.8 en su artículo 10.23 y lo ha mantenido como competencia exclusiva con la misma dicción en el artículo 30.27 de la L.O. 1/2007, de 28 de febrero, del Estatuto de autonomía de las Islas Baleares. Incluye este último el artículo 87 en virtud del cual se blinda la competencia exclusiva del legislador balear para regular el sistema de fuentes de Derecho civil propio (artículo que reproduce el artículo 50 del anterior Estatuto, en su redacción de L.O. 3/1999).

54 - Destaca en Extremadura el denominado Fuero de Baylío, recopilado en la ley 12, Título 4, Libro X de la Novísima Recopilación, y cuya vigencia fue reconocida por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de febrero de 1892 y por la Dirección General de los Registros y el Notariado en las resoluciones de 14 de agosto de 1914 y de 10 de noviembre de 1926. El artículo 12 del Estatuto de Autonomía extremeño atribuye a la Comunidad Autónoma la defensa y protección de las peculiaridades de su derecho consuetudinario (el texto hace referencia a las peculiaridades de su derecho consuetudinario y las culturales, así como el acervo de las costumbres y las tradiciones populares de la región, respetando en todo caso las variantes locales y comarcales; y 45 del Estatuto de Autonomía, en que se recoge el derecho de Baylío.

55 - La Comunidad Valenciana, a diferencia de los restantes reinos de la Corona de Aragón, no sólo perdió sus instituciones sino que además fue privada de sus fueros civiles como consecuencia del Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707. Estos fueros no fueron restaurados (como sí lo fueron en Aragón), por lo que desde entonces rige en Valencia el derecho de Castilla, lo que se confirmó por sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1860, y el Código Civil desde su promulgación. Sólo se conservaron ciertas costumbres en materia de arrendamientos, aguas (el tribunal de aguas de Valencia se rige todavía por esas normas), y censos (la práctica valenciana estableció el tipo de laudemio en el diez por ciento). CASTAN TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, Común y Foral”. Tomo I. Volumen I. Ed. Reus, S. A. Madrid 1988. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos. ISBN 84-290-1282-6. Pág.317. Hasta la redacción de la Constitución había sido indiscutible la desaparición de toda regulación foral en esta Comunidad. No obstante, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana establece en su artículo 31.2 que será competencia exclusiva de la misma “la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil valenciano”. La redacción del artículo 149.1.8 en conexión con la Disposición Adicional Primera de la Constitución (que respeta los derechos históricos de los territorios forales) parece justificarlo. Ni la doctrina mayoritaria ni el Tribunal Constitucional comparten esta tesis. Autores como Elizalde (ADC1984-2) y Arce Janariz (Constitución y Derechos Civiles Forales- Tecnos) califican el artículo del Estatuto como inconstitucional ya que el artículo 149.1.8. de la Constitución reconoce la vigencia de los derechos civiles forales o especiales “allí donde existan”, requisito que no se da en Valencia, no siendo válida la aplicación de la Disposición Adicional Primera puesto que según se deriva de las discusiones parlamentarias, esta se refiere a la

aquellas y alguna de estas han hecho efectiva tal competencia bien reformando las Compilaciones o bien dictando leyes civiles al margen de la Compilación. En casi todas ellas la costumbre ha sido objeto de un especial tratamiento, no sólo incorporándola al sistema de fuentes, sino también como medio para ampliar el ámbito del derecho foral o especial legislado, como medio para eliminar progresivamente las remisiones de los derechos forales al Código Civil, y en algunos casos como medio para la “creación” de derecho civil propio en Comunidades que “carecían” de él. En este sentido se ha pronunciado el tribunal Constitucional en sentido de permitir tal competencia legislativa respecto de instituciones conservadas consuetudinariamente.

---

foralidad política y fiscal de Navarra y el País Vasco. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la sentencia 121/1992 de 28 de septiembre, dictada como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno español contra la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos valenciana de 1986, ha admitido la posibilidad de que el Parlamento Valenciano regule ciertas materias de derecho civil, si bien no amparándose en la Disposición Adicional Primera de la Constitución sino en la preexistencia a esta de un derecho civil consuetudinario.

56 - El artículo 16 del Estatuto del Principado de Asturias indica que el Principado impulsará la conservación y, en su caso, Compilación de su derecho consuetudinario. El artículo 1 de la Compilación de Galicia de 1963, tras su reforma en 1987, preveía la aplicación de esta a comarcas limítrofes, en especial en materia de foros, tal y como se manifiesta en su Exposición de Motivos. El artículo 8 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia establece que la Comunidad Autónoma prestará especial atención al derecho consuetudinario de la Región. Se refiere en especial a asegurar la pervivencia de las normas sobre riegos y del Consejo de Hombres Buenos como el Tribunal consuetudinario y tradicional (ELIZALDE). El Tribunal Superior de Justicia de Murcia entiende de los recursos de casación y de revisión en las materias de derecho consuetudinario murciano según el artículo 35 del Estatuto. En todo caso, según Arce Janáriz y Elizalde, las competencias atribuidas por los Estatutos están condicionadas a la efectiva vigencia del derecho consuetudinario, y la Compilación del derecho consuetudinario no puede transformarlo en derecho escrito, con rango de ley, pues tales Comunidades Autónomas carecen de la competencia legislativa en esta materia. De esta forma según estos autores la Compilación de este derecho sólo facilitaría su prueba y vigencia, conservando su carácter de fuente de segundo grado. LACRUZ apunta que es muy dudoso que la competencia de conservación del derecho consuetudinario en estas comunidades se trate de competencia legislativa, salvo en el caso valenciano. En este mismo sentido LA LAGUNA señala que “la existencia de un derecho civil consuetudinario en estas comunidades autónomas no parece que sea suficiente por sí solo título suficiente para atribuirles competencia legislativa en materia civil, conforme a los términos en que viene establecida la atribución de tal competencia en el artículo 149.1.8 de la Constitución, principalmente como indica ELIZALDE porque no estamos ante un derecho foral o especial con el significado que tiene esta expresión en la Constitución de 1978”. LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique. “Derecho Civil Común de España y Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia n.º 1727. Pág.106.

## **2.9. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 149.1.8 DE LA CONSTITUCION REALIZADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

El Tribunal Constitucional interpreta en un sentido amplio la posibilidad de conservar, modificar y desarrollar el derecho civil foral o especial allí donde exista. Así que permite la posibilidad de que las Comunidades Autónomas con competencia puedan regular instituciones no comprendidas en sus compilaciones con la única reserva del “en todo caso” incluida en el artículo.

La sentencia 121/1992, de 28 de septiembre, fue la que inició esta interpretación amplia de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia civil. Curiosamente la ley impugnada era de una Comunidad Autónoma sin derecho civil compilado, la Valenciana. Esta Comunidad había promulgado en 1986 una ley de Arrendamientos Rústicos Históricos Valencianos que trataba materia de derecho civil (contrato de arrendamiento, sucesión por causa de muerte y cesión inter vivos del derecho al cultivo). El Alto Tribunal afirma la competencia autonómica para legislar sobre las instituciones consuetudinarias que hubieren subsistido desde la abolición de los fueros propios hasta ahora, en la medida en que lo regulado haya venido a reiterar las normas consuetudinarias y siempre que el Estatuto de Autonomía haya recogido la competencia para legislar en el ámbito civil. Se señala que el alcance de los derechos civiles forales o especiales comprende no sólo los derechos que hayan sido objeto de Compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución sino también las normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución. La competencia legislativa permite no sólo la conservación de la costumbre sino también la modificación y, lo que es más importante, su desarrollo, mediante ley.<sup>57</sup>

La sentencia 88/1993, de 12 de marzo, resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno de la Nación contra la

---

57 - Formularon voto particular Carlos de la Vega Benayas y José Gabaldón López que entendían que la regulación mediante ley de una costumbre contractual sobrepasaba las facultades conferidas a la Comunidad Autónoma por la Constitución. Comparte el sentido de este voto particular BERCOVITZ, pues el Tribunal Supremo ya había manifestado la pérdida definitiva del Derecho foral valenciano en su sentencia de 15 de marzo de 1860, y, según este autor, el 149.1.8 CE puede amparar costumbres, pero siempre que tengan el carácter de Derecho civil foral, no cualquier otra costumbre, aunque fuera existente al aprobarse la CE. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, en Derecho Privado y Constitución, año 1, n° 1, 1993, p. 41.



ley 3/1998, de equiparación de hijos adoptivos de Aragón. El Tribunal entendió el término “allí donde existan” en el sentido de que la existencia del derecho foral se refiere no a instituciones concretas sino al derecho foral en su conjunto. La expresión “en todo caso” delimita el ámbito en el que el derecho foral no podrá entrar. La conservación del derecho foral permite la formalización legislativa de la costumbre, y el desarrollo permite la acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, sin necesidad de vinculación rígida al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento, bastando con que las instituciones reguladas sean conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización e innovación de los contenidos de esta según los principios informadores peculiares del derecho foral.<sup>58</sup> La sentencia 156/1993, de 6 de mayo, resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno de la Nación contra el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, reiterando la doctrina manifestada en la sentencia 88/1993.

En conclusión, esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite al legislador autonómico con Derecho civil foral la transformación de la costumbre, que tenga valor de Derecho civil foral, en ley sobre la materia que verse dicha costumbre. Y, aún más, la ley en la que se recoja la materia consuetudinaria no tiene por qué limitarse a decepcionar la costumbre vigente, sino que además puede modificarla e incluso desarrollarla, regulando materias conexas con la misma, siempre dentro de los límites que, según el artículo 149.1.8 CE, deben corresponder “en todo caso” al Estado: la aplicación y eficacia de las normas jurídicas,<sup>59</sup> las relaciones jurídico

---

58 - Especial interés merecen los votos particulares de Carles Viver Pi-Sunyer y Julio Diego González Campos, en los que se afirma que ni siquiera debería exigirse conexión alguna con el ordenamiento jurídico foral ya existente.

59 - El Tribunal Constitucional ha interpretado esta frase en las siguientes sentencias:

- sentencia 14/1986, de 31 de enero: Son competencia estatal exclusiva las normas referentes a la aplicación de las normas contenidas en los artículos 3 al 5 del Código Civil, a la eficacia general de las normas contenidas en los artículos 6 y 7 del mismo, así como el contenido del artículo 2 referente a la vigencia, derogación y retroactividad de las normas.

- sentencia 83/1986, de 26 de junio: Declaró inconstitucional la ley del Parlamento de Cataluña 7/1986 en la parte en que se atribuía, en caso de duda, preferencia al texto en catalán frente al castellano a la hora de interpretar las normas emanadas del Parlamento catalán. El Tribunal Constitucional falló que las normas sobre interpretación de las normas eran competencia exclusiva del Estado.

- sentencia 74/1989, de 21 de abril: Entendió que las reglas aplicables para la interpretación de las escrituras públicas redactadas en dos idiomas cooficiales pueden ser determinadas por leyes autonómicas ya que no se trata de reglas de interpretación de normas, puesto que las escrituras públicas no son ni contienen normas jurídicas.

civiles relativas a las formas de matrimonio,<sup>60</sup> la ordenación de los registros e instrumentos públicos,<sup>61</sup> las bases de las obligaciones contractuales,<sup>62</sup> las normas para resolver los conflictos de leyes,<sup>63</sup> y la determinación de las

---

60 - El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado al respecto. Lalinde, junto con la mayoría de la doctrina, entiende que deben incluirse en este ámbito las formas de celebración del matrimonio, así como las normas sobre nulidad, separación y divorcio y sus efectos económicos. Sin embargo las consecuencias económicas del matrimonio se pueden regular por ley foral.

61 - En materia de ordenación de registros, según la sentencia 71/1983, de 29 de julio, los registros afectados son los registros propiamente jurídicos, es decir, el Registro de la Propiedad, el Registro Civil, el de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, el de actos de última voluntad y el de préstamos declarados nulos. Quedan fuera de la competencia exclusiva del Estado los registros administrativos, aunque sus asientos tengan eficacia en el ámbito de las relaciones jurídicas civiles. Son competencia estatal exclusiva el Registro Mercantil y el Registro de venta a plazos de bienes muebles en virtud del artículo 149.1.6. de la Constitución, y el Registro de Propiedad intelectual y la Oficina Española de Patentes y Marcas en virtud del artículo 149.1.9.

En materia de ordenación de los instrumentos públicos la normativa sobre hipotecas es competencia exclusiva del Estado (sentencia 56/1984, de 7 de mayo), así como la disciplina jurídica de los documentos públicos notarialmente autorizados (sentencia 74/1989, de 21 de abril). No se considera ordenación de los instrumentos públicos la determinación de qué texto prevalece en caso de dudas de interpretación en las escrituras otorgadas en dos lenguas oficiales (sentencia 74/1989), ni la regulación del número de testigos necesarios para la validez de los testamentos otorgados ante Notario (sentencia 156/1993).

62 - Esta competencia se atribuye al Estado para que este garantice un común denominador normativo, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar esas bases recogiendo sus peculiaridades (sentencias del Tribunal Constitucional 11/1982, de 28 de enero, 48/1988, de 22 de marzo y 248/1988, de 20 de diciembre). El Tribunal Constitucional no ha podido definir con precisión el concepto de “base de las obligaciones contractuales, pero sí ha señalado ideas rectoras de dicha noción:

- se trata de un concepto material, por lo que no todo lo que el legislador estatal califique como básico tiene porqué serlo.
- las bases de las obligaciones vienen establecidas tanto en normas postconstitucionales como preconstitucionales vigentes.
- si bien las bases deben establecerse en leyes, excepcionalmente pueden considerarse básicas normas de rango no legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases (sentencias 32/1983, de 28 de abril y 86/1989, de 11 de mayo).

63 - Se refiere tanto a las normas de derecho internacional como de derecho interregional, incluyendo el criterio de determinación de la vecindad civil (sentencias 72/1983, de 29 de julio, 156/1993, de 6 de mayo y 226/1993, de 8 de julio). Ello no impide la posibilidad de que las legislaciones forales delimiten su propio ámbito de aplicación siempre que no introduzcan un elemento de interregionalidad.

fuentes del derecho, con respeto a las normas del derecho foral.<sup>64</sup>

## **2.10. LA REFORMA DE LA COMPILACION DE BALEARES.**

La primera modificación de la Compilación se realizó por ley de 11 de abril de 1985, en la que, siguiendo la doctrina asentada por las Reales Cédulas del rey Juan en 1460 y 1463, la Exposición del Colegio de Abogados de Baleares de 1881, y el criterio del artículo 1625 del Código Civil, se excluyeron las mejoras a la hora de valorar la finca a efectos de redención del censo enfitéutico.

El Real Decreto 1196/1977, actualizado por el Real Decreto 1007/1981, de 22 de mayo, creó la Comisión de Juristas de Baleares, para la elaboración de anteproyectos en materias sobre derecho civil foral o especial. Esta Comisión fue la autora del texto inicial del que partiría la Comisión Parlamentaria para redactar lo que, una vez aprobado por el Parlamento balear se convertiría en la ley de 28 de junio de 1990, de modificación de la Compilación, que a su vez daría lugar al texto refundido de la Compilación aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 septiembre. Texto en el que se incluye en su artículo 1, que establece:

“El Derecho Civil de las Islas Baleares regirá con preferencia al Código Civil y demás Leyes estatales, de conformidad con lo establecido en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, sin perjuicio de las normas de carácter civil que, según la propia Constitución, sean de aplicación directa y general.

El Derecho Civil de Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las Leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas.

En defecto de Ley y costumbre del Derecho Balear se aplicará supletoriamente el Código Civil y demás Leyes civiles estatales cuando sus normas no se opongan a los principios de su Ordenamiento jurídico”.

---

64 - El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado al respecto. Arce Janáriz afirma que corresponde al Estado la determinación de las fuentes del derecho en general, pero en materia civil, los ordenamientos forales pueden establecer su propio sistema de fuentes aplicable sólo a esos efectos jurídico civiles ARCE JANARIZ. “Constitución y derechos civiles forales”. p. 159 a 162.

### **3. EL DERECHO CONSUETUDINARIO.**

#### **3.1. INTRODUCCION.**

Teniendo en cuenta la dicción del artículo 1 de la Compilación vigente y la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, la costumbre es fuente de gran relevancia, bien como costumbre vigente, en cuyo caso es fuente de segundo grado, preferente al Código Civil y demás fuentes de Derecho civil estatal, bien como costumbre que haya perdido vigencia como tal, pues en su calidad de tradición jurídica servirá de criterio de interpretación e integración del ordenamiento jurídico civil Balear.<sup>65</sup> En ambos casos, la costumbre, conforme a la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, puede devenir en un importante instrumento de desarrollo de nuestro Derecho civil especial de las Baleares.

#### **3.2. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA COSTUMBRE.**

La falta de determinación del concepto de costumbre en la Compilación de Derecho Civil de Baleares nos obliga a acudir a la tradición jurídica. Tradición que enlaza con el concepto de costumbre del Derecho canónico y del Derecho Romano Justiniano. Según este, para que un acto pueda ser considerado como costumbre es necesario que sea realizado de forma repetida en el tiempo, por un colectivo de personas y con conciencia jurídica de que dicha actuación es vinculante. Por lo tanto, la costumbre exige los elementos reconocidos en la tradición jurídica.<sup>66</sup> El *Ius commune*, tradicionalmente supletorio en las Baleares, enumera los siguientes elementos:

A) LONGAETVA CONSUETUDO. Es el uso o elemento material de la costumbre. Se exige que sea una costumbre general, uniforme, constante y que tenga una duración en el tiempo. La apreciación de la misma deberá ser decidida por el juez en equidad. Debe ser un uso:

– general: es necesario que esa actuación reiterada lo sea por parte de un grupo de personas, por lo que un problema será la determinación del número de miembros de un grupo que son necesarios para entender que la generalidad del mismo queda vinculada por el uso, o el de si esa costumbre

---

65 - Sobre la doble función de la costumbre, FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3ª edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 73.

66 - No se resuelve el problema acudiendo al Código Civil, bien como supletorio, bien por entenderse que la definición de las fuentes sea competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.8. de la Constitución, ya que este no contiene precepto alguno que los defina.

puede proceder de prácticas de las autoridades administrativas o judiciales que no encuentren oposición del pueblo al ser aplicadas,

- uniforme: debe reiterarse el mismo acto para producir los mismos efectos jurídicos,

- constante: debe ser repetido un gran número de veces, planteándose el problema de determinar cuántas veces debe repetirse para constituirse como tal.,

- duradero: las Decretales<sup>67</sup> señalan que será el tiempo necesario para formar prescripción pero no cifran el mismo en número de años, en las Partidas se exigía su mantenimiento durante 10 o 20 años, en nuestro derecho no existe precepto similar. En este sentido se ha afirmado que la costumbre no tiene porqué ser inveterada.

B) OPINIO IURIS SEU NECESSITATIS. Elemento de difícil definición. Se concibe como convicción, como sentimiento, como voluntad, o como persuasión de que una cosa debe valer como derecho, o de que el uso ya es derecho. El problema que aquí se plantea es el de la prueba de un elemento interno. La doctrina resolvió este problema considerando que este elemento no es más que la consecuencia de la reiteración de usos, ya que si la mayoría de un grupo de personas actúan de una manera en una materia jurídica determinada, es porque existe una convicción generalizada de que esa es la única conducta jurídicamente válida.

Por supuesto que, teniendo en cuenta estos elementos, debemos entender que a la costumbre deben asimilarse los usos normativos, pero no los interpretativos de una mera interpretación de voluntad, en los mismos términos que establece el artículo 1.3 del Código Civil, que es fruto de la misma tradición jurídica romanística.

### **3.3. REQUISITOS DE LA COSTUMBRE.**

A falta de mención expresa en el Derecho Balear, para determinar los requisitos de la costumbre podemos acudir también al Derecho canónico, que coincide con la regulación contenida en el artículo 1.3 del Código Civil. Estos son:

- Que no sea contraria a la moral ni al orden público: En Derecho canónico<sup>68</sup> se decía que la costumbre debía ser *rationabilis*, es decir, conforme a la razón y a la verdad. Nuevamente se trata de un elemento que

---

67 - Decretales, cap. 11, De Consuetudine, I, 6.; y cap.50, De Electione., I, 6.

68 - Decreto de Graciano, cánones 4º, 6º, 7º, 8º y 9º, distinción 8º.

el juez debe apreciar según su leal saber y entender, que variará según el contexto histórico y social. El elemento moral no debe ofrecer problemas prácticos, puesto que viene ínsito en la propia naturaleza de la costumbre, ya que es la manifestación de la conciencia jurídica de la colectividad. En cuanto al no ser contraria al orden público, este comprende los principios generales del Derecho Balear entre los que deben destacarse los principios constitucionales, que no pueden ser burlados por la práctica de una colectividad.

– Que sea probada: las regulaciones forales de Navarra, Aragón, País Vasco o Galicia, eximen de prueba a la costumbre notoria aplicando el principio de *iura novit curia*. En la Compilación de Baleares no se hace referencia a la necesidad de la prueba de la costumbre. Aplicando supletoriamente el artículo 1 del Código Civil se exige tal prueba. En la práctica forense balear, la costumbre debe ser alegada y probada. El problema surge en el caso de falta de alegación de una costumbre conocida por el tribunal. Este tema merece ser objeto de un estudio específico, no obstante Miguel MASOT argumenta lo siguiente: la costumbre se aplica en defecto de ley aplicable, la no aplicación de la costumbre por el hecho de no haber sido alegada “abriría la puerta a los principios generales del derecho y, por lo tanto a una resolución basada en criterios de equidad que, como tales, siempre serán subjetivos y arbitrarios. Si mediante las pruebas practicadas en autos, y en su caso las diligencias para mejor proveer, resulta acreditada la existencia de una costumbre, respecto de la cual una de las partes litigantes ha practicado actividad probatoria, aunque ciertamente no la alegó en el momento procesal oportuno, soy de la opinión de que es válida la sentencia que resuelve en base a la costumbre en cuestión”<sup>69</sup>

### 3.4. CLASES DE COSTUMBRES.

Existen muchas clasificaciones, pero a efectos prácticos destacaremos las que nos sirvan para concretar la eficacia de algunas que describiremos más adelante:

- Por su posición respecto de la ley pueden ser:
- *Secundum legem*. Tradicionalmente se concibe como costumbre interpretativa de la ley realizada por los que deben aplicarla. Este concepto

---

69 - ROSSELLO ROSSINYOL DE ZAGRANADA, Ramón y MASOT MIQUEL, Miguel. “Arrendamientos Rústicos y Aparcerías en Mallorca” y “Algunas consideraciones sobre la costumbre, en general y en el Derecho Civil Balear”. Impreso en Imprenta Mallorquina. Palma de Mallorca 1992. Depósito Legal. PM 1072-1992. Pág. 64.

debe rechazarse puesto que el juez es libre de encontrar en cada momento la interpretación más adecuada a la norma, siguiendo los criterios del artículo 3 del Código Civil. En este trabajo, al hablar de costumbre *secundum legem*, nos referimos al supuesto en que sea la ley misma la que remite su regulación a la costumbre, por lo que esta adquiere el rango normativo de aquella. En concreto, llaman a la costumbre los artículos 64.4 (sobre la sociedad rural menorquina), 66.5 (instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias, tales como constitución de dote o de *escreix*, acogimiento en una cuarta parte de los *milloraments*, donaciones universales, heredamientos, pacto de usufructo universal y cláusula de confianza en Ibiza y Formentera) y 86.1 (la explotación a mayoral). En estos casos, esté vigente o no la costumbre, debemos entenderla aplicable. Con ello la prueba de la costumbre se facilita, pues basta la referencia a la misma que hagan los textos de nuestra tradición jurídica para considerarla suficientemente probada.<sup>70</sup>

– *Praeter legem*. Es costumbre que regula materias huérfanas de regulación legal. Se admiten en Derecho Balear como fuente de segundo grado. Dada la falta de aplicación del principio de *iura novit curia* en el Derecho Balear (a diferencia de otros, como el de Navarra), se plantea el problema de la prueba de su vigencia.

– *Contra legem*. Costumbre contraria a la ley. Se plantea un conflicto entre la convicción de validez jurídica implícita en la actuación generalizada de la población y la ley que nadie aplica. No parece justo que el juez resuelva en contra de lo dispuesto por la voluntad popular espontánea, pero tampoco lo es dejar de aplicar una ley que ha sido dictada por los representantes libremente escogidos de esa voluntad popular. Para resolver este problema ante la ausencia de norma expresa en Derecho Balear, se debe acudir a la tradición jurídica y al Código Civil, que establece la prelación de la ley sobre la costumbre como fuente del derecho, (a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Navarro) así como que las leyes solamente pueden ser derogadas por otras posteriores, y no por la costumbre. Ahora bien, dicha preferencia de la ley sobre la costumbre se da sólo respecto a la ley foral, pues la costumbre foral prevalece sobre la ley estatal aunque aquella sea contraria a esta.

– Por su ámbito territorial de aplicación pueden ser costumbres generales, comarcales o locales. Las costumbres generales son normales en derecho mercantil, pero no en derecho civil, donde la costumbre suele ser local o

---

70 - Por el contrario, la Profesora Pilar Ferrer entiende que deben estar vigentes. FERRER VANRELL, Pilar. Lecciones de Derecho Civil Balear. 3<sup>a</sup> edición. Palma de Mallorca, 2004. p. 74.

comarcal. Se plantea el problema de la aplicación de una costumbre comarcal en una localidad donde no exista constancia de la vigencia de la misma (por ejemplo, la aplicación de instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias propias de Ibiza y Formentera a Mallorca). En este caso, lo esencial es la búsqueda de precedentes y seguir el sentido de los mismos. Si situaciones similares a las localidades de la misma comarca se resolvieron de acuerdo con una costumbre diferente, es evidente la inaplicabilidad de la costumbre comarcal, en otro caso, parece factible la vigencia de esta. Otro problema es el posible enfrentamiento entre una costumbre comarcal y una local (como en los casos de costumbres en materia de servidumbres), en cuyo caso parece más conforme con la naturaleza de la costumbre la preferencia de la local, fundada en el carácter de privilegio que tiene sobre la más general. Esta fue la solución que se adoptó en la Compilación Navarra y que trae razón de ser en el Derecho canónico<sup>71</sup>.

### **3. EL DERECHO CONSUECUDINARIO BALEAR.**

#### **3.1. SU IMPORTANCIA HISTÓRICA.**

No hace falta indagar mucho para reconocer que el Derecho Balear es esencialmente el derecho que vigente desde su petrificación en 1715 se ha mantenido e incluso modificado levemente como consecuencia de su aplicación consuetudinaria, así se reconoce en todos los textos legales, doctrinales y jurisprudenciales desde la Memoria de Pedro Ripoll i Palou. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1964 le dio el valor de fuente.

La Compilación de 1961 derogó en su disposición final primera todo el derecho civil foral balear preexistente a tal Compilación, sustituyéndolo por el contenido en la misma. La disposición final segunda estableció la supletoriedad del Código Civil en caso de lagunas de la Compilación. Ambas normas se convertían así en el acta de defunción del derecho consuetudinario balear ya que la costumbre no había sido recogida como fuente de derecho en la Compilación, por lo que las costumbres no recogidas en el texto compilado o que no hacían referencia a instituciones recogidas en la Compilación quedaban extinguidas. En este sentido se pronunció la

---

71 - sexto de las Decretales, cap. 11, De Constitutionibus, I, 2.



Audiencia Territorial de Palma en la sentencia nº 53 de 23 de febrero de 1985.

No obstante, dada la naturaleza de la costumbre, esta no desapareció respecto de las instituciones que la práctica mantenía vivas. Lo que realmente había ocurrido era que determinadas costumbres y tradiciones jurídicas se habían recogido en la Compilación convirtiéndose en ley, que en defecto de estas se aplicaba el Código Civil, que las instituciones consuetudinarias en desuso se extinguieron, y que las todavía en uso se conservaron como consecuencia de la remisión a las mismas que hacía el Código Civil en su antiguo artículo 6, es decir, que las costumbres no compiladas en uso solo serían aplicadas en el caso de laguna del Código Civil.

La reforma del Código Civil de 1974 no modificó este esquema, si bien sí introdujo en la regulación de la costumbre elementos clarificados previamente por la doctrina. Se exigió en el artículo que la costumbre fuera probada, no contraria a la ley ni al orden público, así como se identificó costumbre y uso normativo, no meramente interpretativo de una declaración de voluntad.

La reforma de la Compilación en 1990, introdujo en su artículo 1 un expreso sistema de fuentes en el que la costumbre pasó a ser fuente de segundo grado aplicada con preferencia al Código civil. Sus disposiciones finales primera y segunda son trasunto de las del anterior texto por lo que deben interpretarse como derogatorias de toda costumbre no compilada, sin perjuicio de la conservación de las vigentes no compiladas, que ahora se aplican con preferencia al Código Civil. Es más, las costumbres mantienen su vigencia a pesar de la disposición final primera en tanto se configuran como elemento de la tradición jurídica de las Islas, integradora e interpretadora del ordenamiento foral balear.

En este sentido la Exposición de motivos de la reforma menciona que con la disposición final primera no se pretende la derogación de las costumbres “integrantes de la tradición jurídica de las Islas, singularmente las ya referidas sobre servidumbres, arrendamientos rústicos y aparcerías”. Sigue diciendo la Compilación que “indudablemente existen fuera de la normativa de la Compilación muchas costumbres en Baleares que, por su naturaleza y su constante y no interrumpida aplicación subsisten con plena validez y eficacia en la conciencia jurídica del pueblo y en la realidad social cotidiana, estando por consiguiente, plenamente vigentes sin que puedan considerarse derogadas por la disposición final primera de esta ley en cuanto forman parte de la tradición jurídica de las islas se integran su ordenamiento jurídico, siempre que no se opongan a los principios generales del mismo de

acuerdo con el artículo 1. Entre estas costumbres deben destacarse las referentes a servidumbres, especialmente las de medianería, arrendamientos rústicos y aparcerías, muchas de ellas de continua aplicación por los Tribunales de las Islas”.

### **3.2. REFERENCIAS DE LA COMPILACION A LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO.**

La costumbre ha sido la fuente fundamental de conservación del Derecho civil especial balear. Las instituciones recogidas en la Compilación tienen su origen bien en instituciones de derecho romano bien en instituciones consuetudinarias, a las que han fijado con rango de ley.

Pero la recepción de la costumbre realizada por la Compilación no ha sido exhaustiva, como se reconoce en la Exposición de Motivos de la ley de modificación de 28 de julio de 1990. El reconocimiento de la costumbre como fuente del derecho contenido en el artículo 1 de la Compilación cumple dos funciones: la primera es la posibilidad de creación de nuevo Derecho Balear con las salvedades constitucionales en materia civil, dando prelación a las normas consuetudinarias frente a la legislación estatal común; la segunda es la conservación de costumbres existentes especialmente reforzada por la participación de la costumbre en la tradición jurídica interpretadora e integradora de ordenamiento jurídico balear.

El artículo 1 de la Compilación en su último párrafo reconoce a la costumbre como fuente de Derecho Balear. De su redacción se derivan las siguientes conclusiones:

- Se definen las fuentes de ordenamiento jurídico balear, que son la ley y la costumbre, pero no se establece una expresa prelación entre ellas. No obstante puede afirmarse la prelación de la ley sobre la costumbre en virtud de los sistemas de fuentes tradicionales de las Islas, que anteponían los privilegios reales a las consuetuds, y en virtud de la aplicación supletoria de los artículos 1 y 2 del Código Civil.

- Los principios generales del Derecho Balear sirven de integradores para la posible recepción de Derecho civil común como supletorio. El párrafo segundo incide en este sentido de integridad de la Compilación al señalar los criterios de interpretación pero también los de autointegración, que son los principios generales del Derecho Balear y además la tradición jurídica encarnada por las leyes, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Así, sea como fuente supletoria (costumbres vigentes) o como tradición jurídica balear que permite tamizar los principios jurídicos del ordena-

miento foral (costumbres derogadas), el derecho consuetudinario balear adquiere con la Compilación de 1990 una importante relevancia.

### 3.3. COSTUMBRES BALEARES DEROGADAS.

Si bien es cierto que la Compilación, tanto en su redacción de 1961 como en la de 1990 derogó todo derecho escrito y consuetudinario anterior a la misma, ya hemos visto como no podían considerarse extinguidas todas las costumbres sino tan solo aquellas que hubieran caído en desuso, o aquellas contrarias a la ley, la moral o el orden público, y, en general, las contrarias a los principios del ordenamiento jurídico.

Con todo algunas de estas costumbres pueden ser de interés en tanto que son parte de la tradición jurídica de las Islas, y sirven para interpretar, integrar (en caso de que la causa de su extinción fuera el desuso) y, sobre todo, desarrollar instituciones del ordenamiento jurídico balear.

Son muchos los textos históricos que hacen referencia a costumbres en desuso y que hoy serían contrarias a la ley, la moral o el orden público. Ejemplos:

- la prescripción de tres años de las deudas contraídas con los judíos.

- el casamiento de doncella menor de 25 años contra la voluntad de los padres, o en su defecto, de los abuelos, tutores o curadores era causa de desheredación, según se recoge en el llibre de San Pere fol 185 capítol XIV.<sup>72</sup>

No obstante, estas mismas justificarían que el legislador balear pudiera desarrollar el ordenamiento propio en materia de prescripción de las acciones o en materia de causas de desheredación.

Otras costumbres se extinguieron por desuso y actualmente no serían contrarias al orden público.

- hasta 1268 existió el testamento sacramental otorgado ante el Altar Mayor de la Iglesia de Santa Eulalia que debía ser adverbado por el batle<sup>73</sup>.

- el censo vitalicio constituía una prestación sobre la vida natural de una o más personas, la última referencia al mismo se recoge en el artículo 23 de la Memoria de Pedro Ripoll y Palou.

- el “garriguer” era el representante del propietario en las fincas de la zona del Pariatge. Vivía en la finca en casa distinta de la del arrendatario,

---

72 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 22.

73 - PIÑA HOMS, Román. La creación del Derecho en el Reino de Mallorca. Palma 1987. p. 94.

que tenía obligación de mantenerle a él y a su perro. Contrataba al personal encargado del cuidado del jardín y la casa. Se encargaba de la explotación de los bosques, la “garriga rasa”, la caza y las explotaciones agrícolas no arrendadas. Cobraba la renta y recogía la cal, la leña y parte de la caza. Daba cuenta al propietario al menos una vez al mes. Esta costumbre se mantuvo hasta fechas muy recientes. Con base en la costumbre del garriguer, el legislador foral podría regular la representación y el mandato.

Otras costumbres explican peculiaridades de algunas instituciones forales, por ejemplo:

– la costumbre de no admitirse el comiso del censo enfitéutico por falta de pago de la pensión se fundamenta en el privilegio de “emparar portes” reconocido por Jaime I, que consistía en la potestad del censalista de arrancar las puertas de la casa del censatario o de marcar su propiedad con una cruz para que el censatario no entrara en la finca hasta el pago de la pensión. Este privilegio fue derogado en el estilo 26 de las Ordenaciones de Arnaldo de Erill en 1344, sin embargo la imposibilidad de comiso se conservó consuetudinariamente hasta la Compilación donde se incluyó en su artículo 61.<sup>74</sup>

### **3.4. COSTUMBRES VIGENTES.**

#### **3.4.1. COSTUMBRES SECUNDUM LEGEM.**

La misma Compilación hace referencia expresa a la regulación consuetudinaria de ciertas instituciones en varios artículos. En estos casos la costumbre complementa las lagunas del articulado:

En el Libro de Mallorca:

– artículo 5 “La dote será siempre voluntaria y se regulará por lo establecido en al escritura de constitución y, supletoriamente, por el régimen que tradicionalmente ha sido objeto de aplicación en la isla”. El sistema dotal es un régimen económico matrimonial prácticamente desaparecido que se recoge en la Compilación a efectos prácticamente testimoniales. Luis Pascual González en “Derecho Civil de Mallorca” afirmó que la constitución de dote era rarísima en Mallorca, y más frecuente en Menorca e Ibiza. Actualmente se puede afirmar que es prácticamente inexistente. No obstante, dado el objeto de este trabajo, y a pesar de ser una institución ya en desuso, ya hemos mencionado que, al ser llamada por la ley,

---

74 - PIÑA HOMES, Román. La creación del Derecho en el Reino de Mallorca. Palma 1987. p. 104.

debemos entenderla vigente y aplicable. Matías Mascaró escribió:<sup>75</sup> “En esta isla (por Mallorca) la mujer, o aporta su patrimonio al contraer matrimonio o espera hacerlo cuando por fallecimiento de sus padres percibe su parte hereditaria. Es costumbre, sin embargo que con motivo del matrimonio, se hagan los futuros esposos donaciones del usufructo de los bienes durante la vida del sobreviviente, conservando la viuda por privilegio especial (Auténtica “Hoc locum habet” liber V título X inserta en el Código “Repetite prelectionis”) dicho usufructo, aun cuando contrajere otro matrimonio, a no ser en el caso de que se le hubiere dejado con la condición de conservarse viuda del premuerto. En Mallorca es costumbre que el marido regale a la esposa vestidos o joyas de más o menos valor, según su posición social. Si la entrega se hace antes del matrimonio pasan a ser propiedad de la mujer, si después sólo esta tiene el uso, la propiedad es del marido, sin embargo casi siempre las conserva la mujer disuelto el matrimonio.” Luis Pascual González<sup>76</sup> afirma que la dote se rige por el derecho romano (Conclusión VI de la Exposición del Colegio de Abogados en 1881), a pesar de que la Memoria de Pedro Ripoll i Palou en su artículo 20, los proyectos de Apéndice de la Comisión de 1903 y 1921 y la Compilación de 1961 en su artículo 5 optaran por la regulación del derecho común. La llamada al derecho romano, debe entenderse a este como manifestación de derecho consuetudinario. Con todo, los proyectos de Apéndice de 1920 y 1949 recogieron algunas especialidades ajenas al derecho romano como son la constitución voluntaria de la dote (proyecto de 1949 y artículo 5 de la Compilación de 1961), y las recogidas en los artículos 68 a 70 del proyecto de Apéndice de 1903 y 64 a 67 del proyecto de 1920, que establecen:

– Cuando ambos cónyuges juntamente constituyesen dote a sus hijas, se pagará por mitad o en la proporción en que los padres se hubieren obligado respectivamente, con los bienes propios de cada uno de ellos. En el caso de que cualquiera de los cónyuges dotase por sí sólo, deberá imputarse a sus bienes propios lo que diere o prometiére.

– El marido puede constituir a la mujer soltera con la cual trate de contraer matrimonio aumento de la dote hasta la cuantía de una cuarta parte de esta. (Es el denominado “escreix”, institución establecida por Privilegio del rey Sancho el 8 de julio de 1316 y que era muy frecuente a principios del siglo XX). Respecto al “escreix” Luis Pascual desarrolla sus elementos y contenido<sup>77</sup>. La donación la puede hacer el marido o el futuro esposo, pudiéndola recibir la mujer soltera que va a contraer matrimonio.

---

75 - MASCARÓ Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 31 y 34.

76 - PASCUAL GONZÁLEZ, Luis. op. cit. Pág. 102.

77 - PASCUAL GONZÁLEZ, Luis. op. cit. Pág. 104.

Puede otorgarse antes o después del matrimonio. Es voluntario su otorgamiento (sentencia de la Audiencia de 9 de diciembre de 1667). El “escreix” tiene un importe máximo de la cuarta parte de la dote, por lo que sólo podrá darse si ha existido dote.

– El viudo seguirá disfrutando el aumento dotal, aun después de fallecida la mujer a quien lo donó, durante toda su vida, sin que mientras tanto puedan reclamarlo sus hijos.

– Disuelto el matrimonio por la muerte del marido, la mujer adquiere durante su vida el usufructo del aumento dotal o “escreix”, que pasa en propiedad a los hijos habidos del matrimonio y en su defecto a los herederos del marido.

– La mujer casada no goza del beneficio de la opción dotal y únicamente tienen preferencia sus créditos dotales si son igualmente eficaces que los de los otros acreedores y de más antigua fecha. Para garantizar el derecho de los acreedores del marido, en caso de prodigalidad de este no puede la mujer reclamar la devolución de la dote, sin previa citación de aquellos, si por la devolución pudieran sufrir daño en sus intereses.<sup>78</sup>

– la viuda tiene derecho a la “parte de cámara” consistente en el cuatro por ciento del valor de la dote, la dote de la mujer, su aumento dotal, el vestido de luto y una joya de la herencia marital, a tenor de lo pactado en el instrumento sponsalicio.<sup>79 80</sup>

Con todo en materia de administración y disposición de los bienes dotales, la capitulación en que se constituya la dote deberá atenerse a los principios generales, especialmente respetando los preceptos constitucionales de igualdad de derechos entre los cónyuges.

– artículo 54 “La variedad consuetudinaria denominada “estatge” confiere el derecho personalísimo e intransferible de habitar gratuitamente en la casa, ocupando privativamente las habitaciones necesarias y compartiendo el uso de las dependencias comunes con los poseedores legítimos del inmueble, sin concurrir a los gastos, cargas y tributos que les afecten.

En lo no previsto en el párrafo anterior será de aplicación lo dispuesto en el Código Civil sobre el derecho de habitación”. Este artículo recoge la

---

78 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 26.

79 - Ripoll i Palou, Pedro “Memoria de las instituciones del Derecho Civil de las Baleares” (de 28 de diciembre de 1880, publicada en 1885). p. 44.

80 - BALLESTER Y PONS, Pedro. “Las instituciones forales de Menorca. Mahón 1899. p. 35.

redacción dada por la Comisión que elaboró el proyecto de 1949. Se diferencia del derecho de habitación en que el titular del “estatge” no puede impedir el disfrute de las habitaciones al titular de la casa. Este derecho tiene su origen en la necesidad de “proteger a las hijas, generalmente menos favorecidas que los hijos en las disposiciones mortis causa, asegurándoles para el futuro un hogar o morada del que siempre disponer”<sup>81</sup>. Realmente apenas se diferencia del derecho de habitación del derecho común, pero se explica su regulación específica por la referencia que al mismo se hace en las escrituras públicas de donación y en los testamentos ya que el “estatge” se constituye normalmente por vía de legado o donación y raras veces por vía de contrato.

#### En el Libro de Menorca

– artículo 64 “La institución conocida en Menorca con el nombre de Sociedad Rural, comúnmente pactada entre el titular de un predio rústico y un cultivador, confiere a ambos consocios conjuntamente su representación. Ante el titular del predio y, salvo pacto en contrario, el cultivador, asume la gestión de los intereses de los familiares que con él conviven. La Sociedad Rural no se extingue por el fallecimiento de los consocios, en cuyo lugar quedarán subrogados sus respectivos acreedores. En lo no previsto en este título o expresamente establecido en el contrato constitutivo se atenderá exclusivamente a los usos y costumbres”. La sociedad rural menorquina es una institución citada por el proyecto de 1949 que en sus artículos 74 a 78 recogió algunos de los usos que la regulan. En concreto se establece en los mismos que esta sociedad agraria está dotada de personalidad jurídica, que las contribuciones y arbitrios que graven el predio o los predios se satisfarán siempre al “monto mayor”, y que será válida la estipulación por la que el titular del predio y los cultivadores, se sometan para todos los efectos de valoraciones, liquidaciones y aplicación de la costumbre, al dictamen de “estimadores” elegidos libremente por las partes.

– El artículo 65 permite aplicar a Menorca el artículo 5, que remite la regulación de la dote al pacto y en su defecto a la costumbre. En Menorca la constitución de dote solía hacerse en escritura notarial denominada “Carta”, que se otorga antes o después del matrimonio. En la Carta los padres de la novia a cuenta de sus derechos constituyen dote para sostener las cargas matrimoniales consistente en algún metálico, muebles, ropas y alhajas, inestimadas o estimadas con posibilidad de venta a voluntad de los otorgantes. El esposo se obliga a restituir a la extinción del matrimonio los

---

81 - MASOT MIQUEL, Miguel. “El derecho civil de Mallorca después de la Compilación” Edición de Ediciones Embat y José Olañeta, Editor. Palma de Mallorca, 1979. Pág. 523.

bienes dotales o su estimación o la mitad de la misma, y en contemplación a que su esposa es soltera, otorga a su favor un “escreix” por la mitad del valor de la dote, no superando las 300 libras menorquinas, cantidad que usufructuará la mujer que sobreviva al marido, repartiéndose la propiedad por igual entre los hijos del matrimonio y, en su defecto, entre los herederos del marido. Es costumbre que el marido acoja a la mujer en “parte de cámara” que es un beneficio que consiste en que a la disolución de la sociedad conyugal se dividan por mitad entre los cónyuges o sus respectivas herencias, todas sus ropas de lino y lana hechas durante el matrimonio, y que se suele valorar al liquidarse la herencia en un cuatro por ciento del valor de la dote. También se da la figura de la cuarta marital o derecho de la viuda pobre e indotada, entendiéndose pobre la que no puede mantener el decoro correspondiente a su situación social, a usufructuar el lecho nupcial y bienes de la herencia hasta una cuarta parte de la misma computándose en esta todo lo que el marido haya dispuesto a favor de su mujer por acto inter vivos o mortis causa.<sup>82</sup>

En el Libro de Ibiza y Formentera:

– artículo 66 punto 5 “Cuando las estipulaciones capitulares se refieran a instituciones familiares y consuetudinarias, tales como constitución de dote o “escreix”, acogimiento en una cuarta parte de los “milloraments”, donaciones universales, heredamientos, pacto de usufructo universal y cláusula de fianza, se estará a lo pactado, y se interpretarán aquellas con arreglo a la costumbre”. La cuantía del “escreix” es el cincuenta por ciento de la dote (sentencia de la Audiencia de Palma de 21 de junio de 1898). En todo lo demás la regulación de esta institución será igual al “escreix” mallorquín. Con todo José Cerdá Jimeno<sup>83</sup> señala que estos pactos son cada vez menos frecuentes.

– artículo 77 “Por el “finiquito de legítima” el descendiente legitimario mayor de edad puede renunciar a la legítima o a cuantos derechos pudieran corresponderle en la herencia del ascendiente en contemplación de una donación, atribución o compensación que el ascendiente o su heredero contractual le hubieren hecho en vida de aquel. La cuota legitimaria renunciada acrecerá la herencia.

En lo no convenido por las partes será de aplicación la regulación de la definición mallorquina en cuanto fuere compatible con la función y

---

82 - BALLESTER Y PONS, Pedro. “Las instituciones forales de Menorca. Mahón 1899. p. 34 y 36.

83 - CERDA GIMENO, José. “revisión del derecho civil especial de Ibiza y Formentera”. Anuario de derecho civil. Madrid 1973. pág. 852.



significado usuales en Eivissa y Formentera”. Según José Cerdá Gimeno el finiquito de legítima es cada vez más frecuente.<sup>84</sup>

– artículo 78 “El disponente puede ordenar sustituciones en todos sus bienes o en parte de ellos mediante cualquier acto de liberalidad intervivos o mortis causa. Los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias se interpretarán conforme a la tradición jurídica insular”. José Cerdá Jimeno entiende que debería regularse específicamente la figura de los hijos puestos en condición.

– artículo 85 “Podrá conferirse por cualquier título el derecho de habitación consistente en el disfrute de los elementos y pertenencias comunes de la vivienda y, en especial, de una habitación independiente que cierre con llave. El disfrute de todos los mencionados elementos y habitación, salvo estipulación expresa en contrario, se entenderá que es en la medida suficiente para atender a las necesidades del titular del derecho, y su contenido comprenderá, a título enunciativo, todo lo relativo al “porxo”, cocina, cisterna de la casa y frutas frescas.” Se trata de una institución mixta entre el derecho de habitación y el derecho de uso. Se constituye normalmente en testamentos o en capitulaciones matrimoniales a favor de hijos no herederos en forma de gravamen impuesto al heredero. Su función es la de permitir a los hermanos solteros permanecer en la casa paterna o en otra especialmente designada, sin que el “hereu” les pueda privar de ello. Es frecuente en las escrituras recoger este derecho con la dicción de “habitació amb porta fora”<sup>85</sup>. Su naturaleza consuetudinaria se manifiesta en la descripción de su contenido, en particular en la concreción de lo que es “porxo”, ya que no coincide con el concepto de porche empleado en el resto de las Islas. Según Costa Ramón<sup>86</sup> “porxo” es la pieza de la casa donde se realizaba la mayor parte de las tareas familiares: entrada y dependencia principal, comida, descanso, noviazgo, matanzas y fiestas familiares y velatorio.

– artículo 86 “La explotación “a majoral”, convenio agrícola pactado en cualquier forma entre el propietario y el cultivador (“majoral”), se regirá por lo convenido y por lo establecido en esta Compilación. En defecto de ello, se atenderá a los usos y costumbres insulares. Cuando una de las partes quiera proceder a la resolución del contrato ha de dar a la otra el “desví” o

---

84 - CERDA GIMENO, José. “revisión del derecho civil especial de Ibiza y Formentera”. Anuario de derecho civil. Madrid 1973. pág. 852.

85 - CERDA GIMENO, José. “revisión del derecho civil especial de Ibiza y Formentera”. Anuario de derecho civil. Madrid 1973. pág. 859.

86 - COSTA RAMON. “Derecho Foral Ibicenco”. Revista de Ibiza. n° 5. pág. 32.

preaviso, fehacientemente o con dos testigos, según la costumbre, teniendo de tiempo para ello hasta las veinticuatro horas del año en curso, debiendo el cultivador dejar la finca libre y expedita a las doce horas del día veinticuatro de junio del año siguiente”. Este artículo tiene su antecedente en el artículo 86 de la Compilación de 1961 en el que se recogía la figura de la Sociedad Rural Ibicenca, remitiéndose en su regulación a lo dispuesto para la sociedad menorquina. Esta equiparación fue criticada duramente por el notario José Cerdá Jimeno<sup>87</sup> al considerar que se había creado una institución que nada tenía que ver con la realidad jurídica de los contratos agrarios ibicencos. La crítica fue aceptada por la Comisión de Codificación que en la reforma de 1990 recogió la que sí era institución consuetudinaria, el contrato de explotación “a majoral”, que es en realidad un contrato de aparcería sin derecho de retracto a favor del aparcero y con un preaviso específico en caso de extinción. Lo que se consigue con esta regulación específica del contrato de aparcería es evitar la aplicación del derecho de retracto a favor del aparcero en caso de transmisión onerosa de la finca, establecido en la ley de arrendamientos rústicos de 1935 y confirmada por la ley de 1980, y que al ser contraria a la costumbre ibicenca había sido sistemáticamente renunciada en escritura pública por los particulares desde la entrada en vigor del reglamento de 29 de abril de 1959 que desarrolló tal ley.

El Código Civil también se refiere a la costumbre en materias que a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pueden ser reguladas por ley e integrarse en la Compilación:

– En los predios urbanos la medianería tiene carácter forzoso.<sup>88</sup> En los predios rústicos existen costumbres muy variadas según las zonas. La sentencia de la Audiencia Territorial de 23 de febrero de 1985 recoge la costumbre de Algaida de considerar que la pared divisoria de dos predios situados a distinto nivel es propiedad del dueño del predio superior ya que evita el desmoronamiento de la finca sobre el predio inferior.

– Las servidumbres de paso tienen su origen en la servidumbre de paso para visitar sepulcros que consta en la ley 12 del Digesto dictada por el emperador Antonino, (que todavía puede considerarse aplicable), que luego se extendió a todos los predios fueran rústicos o urbanos. Son frecuentes en Mallorca dada la gran división de la propiedad rústica. La amplitud del camino es de tres pies (un metro y medio) en predios rústicos y dos pies si

---

87 - CERDA GIMENO, José. “revisión del derecho civil especial de Ibiza y Formentera”. Anuario de derecho civil. Madrid 1973. pág. 860.

88 - PASCUAL GONZALEZ, Luis. op. cit. Pág. 419.

es servidumbre de paso ordinaria en predio rústico, cuatro pies si es de senda (para conducción de rebaños, animales de carga y carros) y ocho pies o diez en curva si es servidumbre de vía.<sup>89</sup> Existe el derecho de los propietarios del predio sirviente de cerrar el camino mediante barreras o vallas en cualquier punto de su trayecto<sup>90</sup> siempre que las doten de puertas, susceptibles de ser abiertas mediante un mero impulso humano, que permitan el ejercicio de la servidumbre por parte del titular del predio dominante, que una vez las haya cruzado, deberá volver a cerrar. Este es un derecho que tiene su origen en la necesidad de protegerlos cultivos y evitar que el ganado se escape.

Se prohíbe por costumbre plantar árboles ni arbustos a menos de tres pies de las acequias.<sup>91</sup>

No hay costumbres de guardar distancias mínimas a la hora de plantar árboles o arbustos junto a heredades. El colindante puede cortar ramas y raíces que penetren en su heredad en caso de que le perjudiquen o le impida trabajar, el dueño del árbol colindante, sea de la clase que fuere, de dentro de su finca y encima del árbol, puede coger toda la fruta que alcance. En los frutales el dueño de la finca vecina puede coger el fruto de las ramas que dan sobre su propiedad y, por regla general, todos los árboles cuyos frutos se recogen de una vez, de una pasada, como los olivos, algarrobos, nueces y robles, puede el dueño del árbol pasar al predio del vecino, una vez en tiempo de recolección para recoger los frutos que han caído en la finca colindante, en los demás árboles los frutos son del dueño de la tierra donde cayeren. Las ramas y los árboles que por efecto quebradizo caen en la propiedad del vecino, siguen perteneciendo a su dueño primitivo, pero no puede este pasar a recogerlos sin permiso del dueño de la finca en que hubiera caído. Los arrancados y transportados por la corriente de las aguas pertenecen al dueño primitivo, pero pasado un mes sin reclamarlos corresponden al dueño de la finca donde vinieron a parar.<sup>92</sup>

Estas costumbres permite al legislador blear la regulación civil de la medianería, servidumbres y de las relaciones de vecindad.

La ley de aguas de 2 de agosto de 1985, regula las Comunidades de usuarios con respeto a las formas tradicionales de las mismas, constitu-

---

89 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 84.

90 - La Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 7 de febrero de 1973 señala que esta facultad se recoge en el artículo 388 del Código Civil y no menoscaba la servidumbre de paso.

91 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 87.

92 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 126.

yendo una Junta General, una Junta de Gobierno y un Jurado. La Junta decide la distribución del agua respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales, y el Jurado resuelve las disputas entre los regantes conforme a estas.

En materia de aguas existen costumbres procedentes de la Mallorca medieval como:

- en principio el derecho de riego surge incorporado al dominio útil de los bienes inmuebles con derecho a huerto, algibe y agua,

- la patrimonialización de los derechos de riego, independizándolos del predio al que iban incorporados cuando se crearon. La primera transmisión documentada de los mismos es de 1247. Dicha transmisión era de un derecho censal, por lo que el dueño útil podía ejercer la facultad de “fadiga” o recuperación del mismo pagando el precio pagado por el comprador en un plazo de diez días.<sup>93</sup>

- esta patrimonialización se corresponde con la determinación de las unidades de medida de esos derechos que son la “fibla” (derecho de riego durante 8 horas), “la regadora” (riego una vez por semana) o el “canó” (dos medidas de riego, desde la salida del sol hasta su puesta, una vez por semana)<sup>94</sup>.

- pago en especie de la moltura del grano en los molinos de agua; el pago se realizaba en las fiestas que había durante el año.<sup>95</sup>

Además, existen costumbres en materia de retracto, desagüe de tejados, juegos, explotación de montes, disfrute y aprovechamiento de los bienes comunales, caza, etc.

### **3.4.2. COSTUMBRES PRAETER LEGEM.**

En derecho sucesorio, la Compilación hace referencia a la necesidad de formación de inventario por el heredero que quiera hacer uso de la cuarta falcidia. No se hace referencia a si es necesaria la citación de legatarios y acreedores para que esté válidamente constituido. El artículo 38 sólo señala que el heredero que formalizare el inventario en fraude de acreedores perderá su derecho a la cuarta falcidia, remitiéndose a la regulación de la formación del inventario de la cuarta trebeliánica, que exige que el inventario sea judicial o notarial, pero no menciona llamamiento alguno a

---

93 - TUDELA VILLALONGA, Luis. “Control del agua en la Mallorca medieval”. p. 15.

94 - TUDELA VILLALONGA, Luis. “Control del agua en la Mallorca medieval”. p. 28.

95 - TUDELA VILLALONGA, Luis. “Control del agua en la Mallorca medieval”. p. 16.

acreedores ni legatarios. A diferencia de lo dispuesto en el Código Civil (artículo 1014), en Mallorca la tradición considera válido el inventario realizado sin citación de acreedores ni legatarios a efectos de percibir la cuarta falcidia. Según la Memoria de Pedro Ripoll y Palou<sup>96</sup> tampoco es necesaria la citación para que el heredero disfrute de los beneficios de la ley y evite la confusión de bienes, es decir, para aceptar la herencia a beneficio de inventario.

El “hereu” puede pagar la legítima en bienes hereditarios o en dinero. Si los legitimarios están en casa y en compañía del “hereu”, o en casa que le pertenezca, serán alimentados de la herencia, no corriendo intereses a favor de los herederos en contra del “hereu” por razón de su legítima. Si los legitimarios no quieren habitar con el “hereu” pueden reclamar su legítima con intereses del cinco por ciento. Normalmente se reclamaba la legítima en caso de matrimonio del legitimario, no siendo infrecuente que el pago se realizara en alodios.<sup>97</sup> En Menorca el derecho de los legitimarios a ser alimentados a costa de la herencia se constituyó en virtud de práctica notarial al redactar los testamentos.

Los derechos de la mujer viuda incluyen el año de luto, “any de plor” y la cuarta marital. En virtud de año de luto la mujer viuda goza durante un año después de la muerte del marido, de que los herederos del marido le provean de comer, beber, calzado y vestido a costa de los bienes del marido y en las mismas condiciones de bienestar y decoro que disfrutaba en la vida del marido, según el privilegio otorgado por el rey Sancho en 1316 recogido en el libro de Sant Pere fol 123 columna 1º y en el libro de Abelló fol 89. También gozará de la posesión de los bienes del marido en el “any de plor” y que con ellos se provea lo necesario para su vida. Después del año podrá hacer suyos los frutos de los bienes del marido hasta que se le hayan reintegrado las dotes esponsalicias, según privilegio otorgado por Pedro IV en 1351. En consecuencia, si el marido muere dejando hijos continúa al cuidado de estos la mujer así como al frente de la casa, en posesión usufructuaria de los bienes relictos. La viuda indotada, que no pueda mantener el mismo nivel de vida, adquiere en unión de los parientes del difunto una parte de bienes:

– si son descendientes con ella o en matrimonio anterior y existen más de tres es igual a la de cada uno de ellos.

---

96 - Ripoll i Palou, Pedro “Memoria de las instituciones del Derecho Civil de las Baleares”(de 28 de diciembre de 1880, publicada en 1885). p. 45.

97 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 182. Ripoll i Palou, Pedro “Memoria de las instituciones del Derecho Civil de las Baleares” (de 28 de diciembre de 1880, publicada en 1885). p. 22.

– si son menos de tres los descendientes la mujer adquiere la cuarta parte del caudal hereditario en usufructo con al obligación de conservarlos en favor de ellos.

– si no hay descendientes percibe la cuarta con facultad de disponer de ella.<sup>98</sup>

Cuando muere un cónyuge corresponde al sobreviviente la mitad de todos los muebles de la cámara, el lecho, cama o tarima en que dormían cotidianamente, con la dotación, ropas y vestido de uso ordinario que usaban los esposos porque “la dona es guanya el llit”. Si vuelve a casarse debe restituirlo a los herederos del difunto en el estado en que se halle, sin abonar su deterioro.<sup>99</sup>

Respecto al contrato de compraventa, el plazo para el ejercicio de la acción redhibitoria es de un año.

El beneficio de excusión es automático en Mallorca según se documenta en el libro de San Pere fol. 1 columna 2º.<sup>100</sup>

En materia de prescripción de acciones personales, la tradición señala un plazo de treinta años<sup>101</sup> y no el de quince del Código Civil.

La ley de arrendamientos rústicos sólo se aplicará en caso de falta de regulación por las Comunidades con Derecho civil propio, tanto en materia de aparcerías, artículo 106, como en los demás arrendamientos rústicos, según la Disposición Adicional primera.

En Mallorca destacan las siguientes costumbres de explotación agrícola:<sup>102</sup>

– “rotés”: En las fincas grandes y en los terrenos de poca calidad el propietario cede verbalmente parcelas a agricultores para que estos la siembren, aren y sieguen a cambio de un porcentaje de lo recolectado. La elección de los frutos corresponde al propietario. La proporción de los frutos

---

98 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 22, 23 y 181.

99 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 182.

100 - MASCARO Y ALBERTY, Matías. “Derecho Foral de Mallorca”. Palma 1904. p. 26.

101 - Ripoll i Palou, Pedro “Memoria de las instituciones del Derecho Civil de las Baleares” (de 28 de diciembre de 1880, publicada en 1885). p. 45.

102 - ROSSELLO ROSSINYOL DE ZAGRANADA, Ramón y MASOT MIQUEL, Miguel. “Arrendamientos Rústicos y Aparcerías en Mallorca” y “Algunas consideraciones sobre la costumbre, en general y en el derecho civil balear”. Impreso en Imprenta Mallorquina. Palma de Mallorca 1992. Depósito Legal PM 1072-1992. p. 14 y 38 a 44.

a que tiene derecho cada parte depende de la calidad del terreno, pero en terrenos pobres es de cinco partes para el propietario y cuatro para el agricultor.

- “gorets”: Si al entrar un nuevo apacero se le entrega la tierra con el barbecho realizado, debe devolverla en las mismas condiciones.

- “estivades”: Cesión de terrenos para siembra de pastos, y de sementeras una vez levantadas las cosechas, para la alimentación de ganado ovino.

- en las fincas de regadío sembradas de alfalfa para el consumo de ganado vacuno el arrendatario paga la renta anual equivalente a un determinado número de kilogramos de carne a precio de mercado.

- Los contratos de arrendamiento rústico se suelen otorgar por escrito en fincas grandes y verbalmente en las pequeñas. No se entiende incluido en el arrendamiento el derecho de uso del coto de caza, si existiere en la finca. El pago de la renta es anual salvo en las plantaciones de ciclo corto en que es en plazos inferiores al año. El pago se realiza en el domicilio del propietario. La fecha del pago varía pero suele ser alguna de estas: 25 de julio, 8 de agosto, 29 de septiembre, y si son huertos para siembra de verduras, el 1 o el 25 de noviembre. La duración de los contratos es de cuatro años si el cultivo es de secano, cuatro o cinco años si es de alfalfa, y un año si es de regadío. Las prórrogas se dan por los mismos plazos, sin perjuicio de la tácita reconducción. El arrendador no suele participar de los gastos y mejoras. El arrendador no interviene en la dirección de la explotación. El derecho de subrogación se suele dar mortis causa pero no intervivos. La prórroga por tácita reconducción es bastante frecuente. Existe costumbre de dar preaviso de un año para dar por finalizados los arrendamientos, en la comarca de Manacor este debe darse con ocho o nueve meses de antelación, haciéndose habitualmente en el mes de diciembre anterior a la terminación del año agrícola.<sup>103</sup> El acceso a la propiedad no se suele dar ya que es frecuente que el propietario indemnice al arrendatario por su renuncia a los derechos de adquisición preferente.

- “amitges”. Es el contrato de aparcería típico de Mallorca. En las fincas de cierta extensión el aparcero y su familia viven en la finca aportando el mobiliario. El aparcero no puede cerrar el paso de la finca al propietario. El contrato de aparcería no impide el arrendamiento de la casa por el propietario.<sup>104</sup> Se suelen excluir las zonas forestales, las de caza y alguna

---

103 - Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 14 de mayo de 1974.

104 - Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 19 de octubre de 1976.

parcela reservadas al propietario. El propietario suele aportar la mitad del ganado, las instalaciones fijas de regadío y a veces la maquinaria y los instrumentos de labranza. La duración es la de una rotación de cultivos, es decir, en fincas de secano cuatro años, en las de regadío menos de un año, y en fincas dedicadas al cultivo de alfalfa de cuatro o cinco años. El propietario suele percibir menos proporción de beneficios que el aparcero pero participa más en los costes de explotación. Los gastos de reposición de arbolado, de mejoras en la finca, de alquiler de fincas contiguas para completar la explotación y los de apertura de pozos y captaciones de agua corresponden sólo al propietario. Los salarios del personal fijo los paga el aparcero, que a veces se obliga a entregar productos en especie al propietario. Los gastos de poda del arbolado, de quitar piedras en las sementeras y los gastos del personal eventual para la recolección los pagan aparcero y propietario. La dirección de la explotación es del propietario si el contrato se realiza por escrito, y del aparcero si es contrato verbal. La explotación corresponde al aparcero.<sup>105</sup> Ambos se ponen de acuerdo sobre el precio a pedir al mercader y la distribución entre ellos. El aparcero debe avisar al propietario del día y hora en que se proceda a pesar y entregar los productos de la finca. Es normal la prórroga tácita, salvo que se proyecte finalizar el contrato, en cuyo caso se da un preaviso de un año. Los familiares del aparcero se suelen subrogar en caso de muerte de este.

### **3.5. FUENTES DE CONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUETUDINARIO.**

La prueba de las costumbres, según se deriva de la sentencias en esta materia recaídas es muy difícil, siendo fundamental la existencia de casi unanimidad en los elementos de prueba. La jurisprudencia no ha considerado suficientes informes de instituciones agrarias al considerar que no son transcripción fehaciente de fondos documentales registrados y archivados, autorizados por funcionarios encargados de su custodia<sup>106</sup>, si bien sí se consideran suficientes cuando coinciden con otras pruebas que no los contradigan.<sup>107</sup>

Todas las aquí expuestas se complementan mutuamente, de tal forma que ninguna excluye a las demás, y son imprescindibles para acreditar la

---

105 - El abandono del cultivo por el aparcero motivado por la falta de agua para riego no es causa de resolución del contrato. Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 18 de mayo de 1982.

106 - Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1964 y de 20 de enero de 1966.

107 - Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 26 de mayo de 1980.



vigencia de la institución consuetudinaria tanto antes de la Constitución, como en el momento actual.

### **3.5.1. FUENTES ESCRITAS.**

Son fuentes a las que se debe acudir: los textos legales y doctrinales que recogen el derecho tradicional balear, incluyendo los textos históricos y la jurisprudencia de la Real Audiencia, las recopilaciones particulares, los archivos y protocolos notariales, los documentos privados, los informes de la Cámara de Comercio, de las Cámaras agrarias, del Colegio de Abogados y de otros Colegios Profesionales, artículos en revistas y en periódicos, informes y archivos de Ayuntamientos, Consells Insulars y Conselleries, etc.

Especial atención merece la jurisprudencia, debiendo incluirse la del Tribunal Supremo y la del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, pero también la llamada jurisprudencia menor, la de la Audiencia Territorial y la de los Juzgados de Primera instancia, así como las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado. En otros derechos, como el gallego, la costumbre recogida jurisprudencialmente se considera como notoria y se debe aplicar por los tribunales sin necesidad de alegación ni prueba. No parece ser este el criterio seguido en Derecho Balear, sin embargo, la sentencia que recoge una costumbre se constituye como prueba fundamental de la misma.

Es difícil encontrar jurisprudencia en materia de derecho consuetudinario precisamente por ser un derecho vivo conocido como jurídico por los particulares desde tiempo inmemorial las más de las veces. Al ser un derecho de generalizado conocimiento, también lo es de generalizada aceptación y cumplimiento, lo que explica la escasez de conflictos que se generan como consecuencia de su aplicación.

Por lo general los conflictos han surgido como consecuencia de la regulación legal de una institución consuetudinaria con un contenido distinto al de la costumbre. Tal regulación conflictiva suele ser derivada de normas estatales, como en el caso de las aparcerías, pero también de leyes autonómicas, o regionales, como en el caso de los censos.

Otra causa de la falta de jurisprudencia que verse sobre instituciones consuetudinarias no compiladas es la dificultad de la prueba de tales costumbres en la práctica del foro, derivadas en gran medida de la diversidad de regulaciones en ámbitos espaciales locales.

A este respecto sería interesante que la Compilación hubiese recogido la aplicabilidad del principio “iura novit curia” de forma expresa como lo hacen las leyes de derecho civil de Galicia, País Vasco, Navarra y Aragón.

### **3.5.2. FUENTES NO ESCRITAS.**

En este estudio, trascendente de cara a la amplia delimitación de nuestro Derecho foral, deberían analizarse documentos notariales, encuestas o recogida de testimonios, manifestaciones de derechos por signos externos, prácticas observadas (tanto agrícolas como urbanas), cuestionarios repartidos entre las personas presuntamente vinculadas a una costumbre, entre abogados, entre juzgados, etc.

Merecen especial atención:

– la obra “Arrendamientos rústicos y aparcerías en Mallorca” de Ramón Rosselló Rossinyol de Zagrana, en la que se recogen los resultados de diversas encuestas realizadas en materia de derecho agrario mallorquín. Siendo este un encomiable precedente, hubiera sido adecuado reflejar al menos el número de encuestados u otros datos que acrediten la representatividad de las contestaciones obtenidas.

– las encuestas realizadas por el Notario Cerda Gimeno, que conserva en su archivo personal, y que resultan importantes en cuanto al derecho ibicenco y formenterense.

## **4. PROPUESTA METODOLOGICA PARA EL FUTURO.**

La propuesta metodológica que planteo se inspira en la realizada por Miguel Singala Cerdá para demostrar la existencia de la costumbre de imprescriptibilidad de los censos. El Señor Singala dio los siguientes pasos: 1º Estudio de las ordinaciones y estilos, manuscritos y códigos originales; 2º Remisión a los Juzgados Municipales de un cuestionario; 3º Estudio de la Jurisprudencia de la Audiencia; 4º Dictamen de letrados; 5º Dictamen pericial de archiveros.

Por ser la costumbre la fuente que mantuvo vigente el derecho desde el Decreto de Nueva Planta, lo primero que se debe hacer es consultar los textos legales vigentes, lo que permite conocer el derecho consuetudinario histórico que ya ha sido positivizado.

Seguidamente se debe realizar el estudio de todos los antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales de la Compilación actual para conocer el contenido de instituciones no recogidas o no desarrolladas en la regulación vigente y el porqué no se recogieron, ya que algunas de ellas obedecían a costumbres realmente vigentes. En esta fase presento este trabajo.

Muchas de estas instituciones ya no existen o se han modificado, por lo que la última fase es la de acreditar su existencia y contenido actual mediante informes, entrevistas y cuestionarios.

Las costumbres recogidas por la jurisprudencia no requieren la última fase, pues ya fueron probadas en el juicio correspondiente.

## **5. CONCLUSIONES.**

La jurisprudencia constitucional permite al legislador balear regular por ley las instituciones consuetudinarias vigentes a la entrada en vigor de la Constitución, siempre que sigan siendo observadas actualmente o que formen parte de nuestra tradición jurídica, aunque ya no estén en uso. Las costumbres más importantes fueron recogidas en su momento por la Compilación de 1961 y se han conservado, desarrollado y modificado en el texto refundido de 1990. No obstante existen otras costumbres no compiladas, pero de las que sí han quedado vestigios escritos en nuestra tradición jurídica, así como otras costumbres no compiladas ni recogidas en escrito alguno, muchas de ellas rurales, en riesgo de desaparición, que en un futuro pueden ser objeto de regulación legal. La comprobación de la existencia pretérita o actual de estas costumbres habilita al legislador balear para elaborar una regulación actualizada de sus contenidos jurídicos, pues el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente en este sentido. Por ello es conveniente la recopilación del derecho consuetudinario no compilado para evitar que el desconocimiento de costumbres en ámbitos civiles no compilados y la eventual pérdida por desuso de esas costumbres, impidan regular con normas propias tales instituciones, con lo que esas materias se regularían por el derecho común (lo cual, por supuesto, no es negativo en sí mismo). La trascendencia es todavía mayor teniendo en cuenta que la competencia legislativa comprende no sólo la conservación sino también la modificación y el desarrollo del derecho foral con el único límite de las materias reservadas “en todo caso” al Estado en el artículo 149.1.8 de la constitución.

Para acreditar la vigencia de las costumbres antes de la Constitución hemos realizado un estudio de la doctrina jurídica de las Islas que ha permitido documentar costumbres concretas. Como resultado, habiendo consultado hasta ahora tan sólo dichas fuentes escritas, podemos acreditar costumbres que permiten al legislador balear la ampliación del contenido de la Compilación incluyendo normas en materia de espigueo, prescripción, causas de desheredación, tipos de testamento, censos, mandato y

representación, usufructo, uso y habitación, aparcería y contratos de arrendamiento rústico, sociedad civil, medianería, inmisiones, servidumbres de paso, de acueducto, de alero, de vertido de aguas, aceptación a beneficio de inventario, alimentos, acciones redhibitorias en el contrato de compraventa, fianza y beneficio de excusión.

## **V.- ¿COSTUMBRES NORMATIVAS AUN EN EL SIGLO XXI?**

### **PARÁFRASIS SOBRE TEMAS SUSCITADOS POR LA OBRA GANADORA DEL V PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ**

**Miquel Masot Miquel**

*Para dar realce a los actos de entrega de los premios Luis Pascual González, ha sido costumbre en la Academia que, en ellos, además de intervenir el ganador del premio, exponga también un miembro de la Academia, o algún otro jurista de reconocido prestigio, su punto de vista sobre el tema abordado en el trabajo premiado. En el presente caso, intervino en el acto de entrega del Premio, celebrado el 1 de abril del 2008, el hoy Presidente de la Academia Miquel Masot realizando una exposición sobre los obstáculos que, hoy en día, se presentan en el proceso formativo de la costumbre para llegar a convertirse en fuente del Derecho; para dar después respuesta a la pregunta de si puede decirse que existen todavía, hic et nunc, costumbres normativas.*

## **SUMARIO**

### **I.- INTRODUCCIÓN**

### **II.- LOS OBSTÁCULOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS COSTUMBRES.**

- 1) Las elevadas exigencias derivadas de los elementos y requisitos de la costumbre.
- 2) El último obstáculo a franquear: la disposición final 1ª de la Compilación de 1961.

### **III.-CONSIDERACIÓN FINAL**

## I.- INTRODUCCIÓN.

El Diccionario de la Academia de la Lengua Española nos dice que “paráfrasis” es la explicación o interpretación amplificativa de un texto para ilustrarlo. Son muy conocidas, por ejemplo, en el ámbito musical las maravillosas paráfrasis de Liza sobre temas de las óperas de Verdi, en especial de Rigoletto; y, en el ámbito jurídico, es célebre la denominada PARÁFRASIS DE TEÓFILO, el cual, interpretando, a su manera, un texto romano, expresivo de que las obligaciones nacen ex contractu y ex delictu, y también de situaciones parecidas a uno y otro (quasi ex contractu y quasi ex delictu), antepuso la preposición ex al adverbio quasi, creando así el cuasicontrato y el cuasidelito como figuras autónomas e individualizadas.

Entrando ya en el tema, puede iniciarse recordando, como se ha dicho ad nauseam, que la costumbre fue la primera en el tiempo de las fuentes del Derecho, ya que surgió en la historia de la humanidad como una necesidad del grupo social de tener unas reglas comunes y permanentes para el régimen de relación de su vida y comercio, naciendo de la misma forma que el lenguaje —el conocido símil es de Savigny— como espontánea consecuencia de las necesidades sociales. La ley aparece en una evolución posterior, cuando hay ya un poder en el grupo social que impone unas reglas de juego —unas normas— con carácter obligatorio y coactivo; aunque, generalmente, estas normas impuestas no dejan de ser las que había consagrado la propia organización social. En este sentido, ha dicho CUYAS que la costumbre es la ley no escrita mientras que la ley no deja de ser la costumbre escrita. Aunque tampoco se puede dogmatizar este principio —como hizo la Escuela Histórica del Derecho— diciendo que no existe ley alguna sin costumbre que la preceda.

Indudablemente, los postulados de Savigny y de la Escuela Histórica sirvieron de contrapeso a la oleada de positivismo legalista que se inició en la época de la codificación y que ha pervivido —corregido y aumentado hasta extremos que entonces sin duda fueron impensables— hasta nuestros días. Tanto por el hecho de superponerse distintas reglamentaciones en el tratamiento de una misma materia —y así, hoy tenemos reglamentos de ámbito supranacional o europeo, nacional, autonómico, insular y local— como por criterios de oportunidad —u oportunismo— político, a consecuencia de la alternancia en el poder, que lleva al partido político o coalición de partidos que accede al poder a derogar, retocar o modificar la normativa que dictó el anterior grupo político que le precedió.

Hoy es de la mayor evidencia que las amplísimas facilidades de conocimiento de la primera de las fuentes del Derecho –y no hablamos ya sólo de la mera inserción de las leyes y reglamentos en el BOE y en las colecciones legislativas sino también de su amplísima disponibilidad a través de los ordenadores–, así como su utilización de manera posiblemente abusiva por los poderes políticos para regular las conductas sociales, han producido un evidente e innegable retroceso de la costumbre. Bentham decía que la costumbre es una regla inconveniente e ilegítima por la cual sólo deberían gobernarse los animales. Y su regulación en el Código civil –con anterioridad a la reforma del título preliminar– llevó a decir a De Castro que la costumbre estaba subordinada a la ley, tenía un valor subsidiario respecto de ella, sólo era admisible la costumbre local y no la general y era una norma de significado secundario, pues no se imponía su conocimiento obligatorio a jueces y funcionarios ni era posible su aplicación de oficio.

Es un botón de muestra de todo ello el párrafo con el que terminaba un trabajo monográfico titulado **ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA COSTUMBRE, EN GENERAL Y EN EL DERECHO CIVIL BALEAR**, en el que decía que “las elegantes construcciones jurídicas de Savigny, equiparando la costumbre con el lenguaje, y constituyendo, por tanto, su esencia las reglas de Derecho que aparecen como espontánea consecuencia de las necesidades sociales, o de Reynals, que afirmaba que los pueblos de costumbres son más fuertes y libres que los pueblos de leyes se van perdiendo ya como recuerdo histórico en la noche de los tiempos”.

Por todo ello, en este estado de tinieblas consuetudinarias, debe ser valorado como se merece el importante trabajo del Doctor Martínez Cañellas **SOBRE EL DERECHO CONSUETUDINARIO BALEAR COMO FUENTE Y COMO TRADICIÓN JURÍDICA**, en el que este Profesor de nuestra Universidad realiza un depurado estudio de la materia, partiendo del encuadramiento histórico de la costumbre en el sistema de fuentes de cada época, analizando los elementos, requisitos y clases de costumbres, según la doctrina tradicional, y centrando posteriormente el análisis en el Derecho civil balear, partiendo del doble papel que en el mismo tiene la costumbre, al ser constitutiva de la segunda de las fuentes del Derecho, así como un importante elemento de interpretación y de integración del Derecho compilado; recoge también las fuentes de conocimiento del Derecho consuetudinario, indicando una propuesta metodológica para el futuro, y hace asimismo una referencia a la posibilidad de que nuestro Parlament pueda dictar disposiciones de carácter general sobre diversas instituciones en base a su conexión con costumbres de observancia –antes o ahora– en nuestras Islas; y, en este sentido, se refiere, y entre otras, a la prescripción



de acciones, causas de desheredación, representación y mandato, usufructo, uso y habitación, aparcería y contrato de arrendamiento rústico, sociedad civil, medianería, servidumbre de paso, de acueducto, de alero, de vertido de aguas, relaciones de vecindad, aceptación a beneficio de inventario, alimentos, acciones redhibitorias en el contrato de compraventa, fianza y beneficio de excusión.

Sin salirnos de los Premios Luis Pascual González, brillantemente obtenido el V Premio por el Doctor Martínez Cañellas con el trabajo citado, es de destacar que, en la obra que obtuvo el IV Premio, **EL SISTEMA DE FONTS DEL DRET CIVIL BALEAR (1990-2006) ESTUDI AMB MOTIU DEL PROJECTE DE REFORMA DEL TITOL PRELIMINAR DE LA COMPILACIO BALEAR**, de la que es autora la Doctora Llodrá Grimalt, se contienen también amplias consideraciones sobre la costumbre, que observamos, asimismo, en el trabajo que dicha autora presentó en el premio del año anterior, titulado **NOTAS PARA UNA REGULACIÓN DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE DE PASO EN MALLORCA**.

No resultará ocioso, pues, examinar el material aportado por estos jóvenes autores –y, en especial, la obra últimamente premiada– para tratar de llegar a la conclusión de si las costumbres jurídicas siguen siendo aún un elemento tradicional e importante dentro de nuestro Derecho, o si, por el contrario, han pasado a ser algo meramente anecdótico y de poca importancia; tal vez –y seamos sinceros– un cadáver más a ubicar en la sala de momias de nuestro Derecho, haciendo compañía a los censos y alodios.

## **II.- LOS OBSTÁCULOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS COSTUMBRES.**

Ciertamente, el reconocimiento de una costumbre jurídica supone una lucha titánica. No solamente la ley y los reglamentos tienen una tendencia expansiva a invadir todos los ámbitos y sectores del Ordenamiento jurídico, sino que surgen, en el proceso de reconocimiento de una costumbre, casi insalvables obstáculos, a los cuales será oportuno hacer una breve referencia.

### **1) Las elevadas exigencias derivadas de los elementos y requisitos de la costumbre.**

La doctrina civilista distingue entre elementos y requisitos de la costumbre, siendo los primeros los que están ínsitos en el propio concepto de costumbre, los cuales –según se decía ya en el Derecho romano– eran el

CORPUS y el ANIMUS, o sea la repetición de actos y la convicción de validez jurídica; los requisitos de la costumbre suponen, por el contrario, las exigencias que el Ordenamiento jurídico impone para su reconocimiento; éstos son –según el art. 1.3 Cc– la existencia de laguna legal, la adecuación de la costumbre a la moral y orden público y su prueba.

Y, realmente, el proceso deductivo que en cada caso debe realizar el Tribunal, o el analista jurídico, para determinar si en un caso concreto concurren o no estos elementos o requisitos, no está exento de dificultades, particularmente por el carácter ambiguo de los mismos.

El elemento material –CORPUS– de la costumbre es la repetición de actos. Mas, ¿cuántos actos similares han de realizarse para que se entienda que ha nacido una costumbre?, ¿cuántos miembros del grupo han de actuar de idéntica manera para que pueda considerarse que existe un uso generalizado? Y ¿pueden existir actuaciones particulares –y, en su caso, cuantas– en contra del mismo?. Se ha dicho que no se puede responder a estas preguntas, como no puede tampoco responderse a la pregunta de cuantos cabellos han de faltar –o cuantos han de tenerse– para que una persona merezca la condición de calva. O se es calvo o no se es, no existiendo regla fija sobre el particular. Algo parecido ocurriría con la costumbre, siendo imposible determinar a priori los condicionamientos de la frecuencia en la repetición de los usos o el número de conductas que deben ajustarse al mismo. He ahí, pues, una primera dificultad que puede presentarse en el proceso de reconocimiento de una costumbre.

Y, en teoría, mayor dificultad entrañaría el elemento espiritual –ANIMUS– o convicción de validez jurídica, al tratarse de un requisito meramente interno. Es obvio que el Tribunal o el intérprete jurídico no puede entrar en la mente de quienes actúan de una determinada forma para examinar si ello lo hacen por puro mimetismo o por la convicción de estarse ante una conducta jurídicamente debida.

Aunque la dificultad que plantea este elemento es más aparente que real. El propio De Castro –que no era ciertamente, como hemos visto, un entusiasta de la costumbre– decía, en una acertada crítica al requisito de la OPINIO IURIS, que tal exigencia únicamente puede mantenerse como postulado de la Escuela Histórica del Derecho, que reconocía la costumbre como primera fuente del Ordenamiento jurídico, en cuyo caso era necesario buscarle un fundamento ético jurídico, que no podía ser otro que el espíritu del pueblo, encarnado en la convicción popular de validez jurídica.

Y es que puede fácilmente llegarse a la conclusión de que este segundo requisito no es sino una consecuencia del primero, puesto que si la mayoría del grupo colectivo actúa de una determinada manera en una materia

jurídica determinada, no puede ser sino porque existe una convicción generalizada de que es la única conducta jurídicamente válida. Y, en realidad, el propio art. 1.3 Cc nos vendría a decir que ni siquiera es precisa la concurrencia del ANIMUS, pues, al proclamar que los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre, viene a considerar como tal el simple uso o repetición de actos desprovistos del ANIMUS.

Pero no sólo la contemplación de los elementos de la costumbre ofrece dificultades de análisis, sino que también con los requisitos ocurre exactamente lo mismo.

La referencia que el art. 1.3 Cc hace a la moral ha sido criticada por la doctrina, y ello por una serie de razones de peso. En primer lugar, los conceptos de moral y Derecho se mueven en órbitas diferentes, pues hay muchas conductas que podrán ser reprobables de acuerdo con unos determinados criterios morales, pero que, sin embargo, son jurídicamente lícitas, al no inferirse de ellas un daño social que pudiera ser determinante de su tratamiento jurídico restrictivo.

No puede olvidarse, por otra parte, que la moral no supone unas reglas absolutas, y por tanto inmutables, sino relativas, que varían según los tiempos, las circunstancias y los grupos colectivos de que se trate. En este sentido los ejemplos que podríamos poner serían múltiples, desde el hecho de no haberse reconocido hasta hace muy pocas décadas un principio ético hoy en día tan importante como el ecologismo y la protección del territorio, hasta el hecho de que el concepto que determinaba la tipificación como delito de ciertas conductas de contenido sexual era la honestidad, mientras que hoy es la libertad sexual. Ello por no hablar de los nuevos pecados capitales proclamados recientemente por el Vaticano.

Pero, además de todo ello, concurre un elemento filosófico en este posicionamiento contra la adecuación de la costumbre a la moral. Y es el siguiente: si la costumbre no es sino una repetición de actos realizada por la mayoría de miembros de una colectividad con la convicción de que los mismos suponen una conducta jurídicamente obligada, es impensable que la costumbre no esté de acuerdo con los principios morales, pues éstos son, en definitiva, las manifestaciones de los criterios éticos imperantes en esta misma colectividad, no teniendo sentido una actuación mayoritaria en contra de estos principios.

También la exigencia de la conformidad de la costumbre con el orden público ha sido criticada por la doctrina, al menos desde un punto de vista formal, planteándose la cuestión de que habrá querido decir el legislador con su referencia al mismo. Díez Picazo señala al respecto que, dado que la

costumbre solamente opera en defecto de ley, el concepto de orden público no podrá derivarse de las leyes sino que vendrá encarnado en los principios generales del Derecho. Opinión con la cual coincido totalmente, pues es congruente con el carácter de informadores del Ordenamiento jurídico que el art. 1.4 Cc atribuye a estos principios. Principios que, más que los derivados del Derecho natural, cuya abstracción los hace inservibles en muchos supuestos concretos, serían los establecidos en el Ordenamiento jurídico del Estado mediante la Constitución, a los cuales sí debe atemperarse la costumbre, pues, de no ser así, sería una norma inconstitucional.

Pero, indudablemente, las mayores dificultades se presentarán ante el requisito de la prueba de la costumbre.

En la obra de Martínez Cañellas se nos dice con acierto que las regulaciones forales de Navarra, Aragón, País Vasco y Galicia eximen de prueba a la costumbre notoria, aplicando el principio IURA NOVIT CURIA. Pero, ciertamente, no tenemos una declaración similar en nuestro Derecho, por lo que rige la regla del art. 1.3 Cc en cuanto a la carga de la prueba sobre el que alega la costumbre, sancionada ya antes de su aparición en el título preliminar por múltiple jurisprudencia.

Sin embargo no dejan de presentarse en este punto problemas: ¿hay que entender que la exigencia de la costumbre probada impone el requisito previo de su alegación por la parte a quien beneficia? ¿qué debe hacer el Juez si del conjunto del material probatorio aportado resulta la existencia de una costumbre que no había sido previamente objeto de alegación? ¿quid en el supuesto de que no haya existido tal prueba, pero al Juez le conste la existencia de una costumbre notoria aplicable al caso?. Para comprender el verdadero alcance del problema hay que partir del hecho de que se está ante supuestos de laguna legal, pues es obvio que, de existir ley, no se plantearía la posible incidencia de la costumbre. Y si no hay ley aplicable al caso y la costumbre conforme a la cual se podría resolver el mismo se encuentra en alguna de las situaciones que se han expuesto, ello supondría la entrada en juego de la tercera fuente, o sea los principios generales del Derecho que, por su inconcreción en la mayoría de los casos, determinaría la resolución del litigio en base a puros criterios de equidad.

Este contrasentido de acudir a los principios generales cuando al Juez le consta, de manera notoria, la existencia de una costumbre aplicable, me ha llevado a decir que –en estos supuestos– el Juez podría resolver el caso conforme a esta costumbre notoria, siempre que la misma quedara incorporada a los autos, aunque sea mediante las antes llamadas diligencias para mejor proveer, mediante certificaciones de entidades prestigiosas acreditativas de la existencia indubitada de la costumbre en cuestión, y

dando a las partes oportunidad de pronunciarse sobre el particular. Todo ello como exigencia obligada de la motivación de la sentencia y para las posibles apelaciones contra la misma.

Pero, como dijo Kant, el sabio puede cambiar de opinión, el necio nunca. Y, realmente, mi cambio de opinión sobre la cuestión es obligada, no, desde luego, por el hecho de que sea sabio, sino porque la posibilidad apuntada no encaja en el proceso diseñado por la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que sanciona la absoluta proscripción de indefensión y limita las facultades dispositivas del Juez en materia de prueba.

El art. 400.1 dice que cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en diferentes fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuando resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. El art. 414 señala que, en la audiencia, deberá fijarse con precisión el objeto del litigio y los extremos de hecho o de Derecho sobre los que exista controversia entre las partes. Y el art. 455 establece que las diligencias finales sólo podrán realizarse a instancia de parte, aunque excepcionalmente el Tribunal podrá acordar de oficio nuevas pruebas, pero sobre hechos relevantes oportunamente alegados, y si los actos de prueba anteriores no hubieren resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes. Al tenor de ello no cabe unas diligencias finales acordadas de oficio sobre la existencia de una costumbre si ésta no hubiera sido oportunamente alegada.

Todo ello impone, pues, para el reconocimiento de una costumbre, la previa alegación y prueba de la misma.

## **2) El último obstáculo a franquear: la disposición final 1ª de la Compilación de 1.961.**

Este último obstáculo no nos lo ha puesto ni el Derecho romano ni el Código civil, sino que lo pusimos nosotros, al decir en la disposición final 1ª de la Compilación de 1.961 que las normas del Derecho civil Especial balear escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes a la promulgación de esta Compilación quedan sustituidas por las contenidas en ellas.

Sabido es el motivo determinante de la inserción de tal precepto en la Compilación. Nos dice Raimundo Clar, que cuando se elabora la Compilación el gran problema nuestro residía en la dispersión y poca concreción de nuestro Derecho foral y la eterna duda del Derecho romano como Derecho supletorio; lo que pretendía esta disposición no era sino

clarificar la normativa balear y establecer, de una vez por todas, que el Derecho justinianeo dejaba de ser Derecho supletorio y que, en las Baleares, el único Derecho aplicable con carácter de ley escrita, era el contenido en la Compilación.

El art. 1976 del Código civil proclamaba la derogación del Derecho anterior. En cambio los compiladores de 1.961, siguiendo el criterio de la Compilación catalana de 1.960, optaron por la sustitutio, haciendo posible la *iuris continuatio*, y por tanto, la pervivencia del Derecho histórico –y consiguientemente, también de las costumbres– como parte integrante de la tradición jurídica balear, constitutiva de un elemento de interpretación e integración del Derecho escrito.

Pero, ¿significaba ello la desaparición de las costumbres vigentes hasta 1.961, y que sólo a partir de entonces ha de iniciarse el proceso de repetición de usos para llegar a desembocar en una costumbre? Sabido es que en la Compilación de 1.961 no existía el reconocimiento –que sí hay en la actual– de la costumbre como segunda fuente de nuestro Derecho, ni se recogía excepción alguna, a diferencia también de la Compilación actual, que sí hace referencia a la posible pervivencia de costumbres en la exposición de motivos.

Mas deducir de ello que todas las costumbres que venían rigiendo en nuestro Derecho quedaron cercenadas por la disposición final 1ª de la Compilación de 1961, y que sólo a partir de entonces se inicia el proceso de creación de nuevas costumbres es hacer inviable la consideración de la misma como fuente del Derecho que le atribuirá después la Compilación de 1990.

Cuando se preparaba la misma, yo formé parte de la comisión redactora del proyecto y propugué la desaparición de la disposición final 1ª, por entender que la misma había cumplido ya –por su inserción en el texto de 1961– sus propósitos clarificadores. Sin embargo, ni en el proyecto que redactó la Comisión ni después en el texto legal de 1.990 se produjo la desaparición de dicha disposición final 1ª –en la cual, por cierto, se sigue considerando al Derecho civil balear como “especial”–, aunque, al menos, conseguí –salvando los muebles– que, en la exposición de motivos, se recogiera la consideración de que existen fuera de la Compilación muchas costumbres en Baleares que, por su naturaleza y su constante y no interrumpida aplicación, subsisten con plena validez y eficacia en la conciencia jurídica del pueblo y en la realidad social cotidiana, estando, por consiguiente, plenamente vigentes, sin que puedan considerarse derogadas por la disposición final 1ª de esta ley; y, entre estas costumbres, señala la exposición de motivos, las relativas a servidumbres, arrendamientos rústicos

y aparcerías. Y al decirse “entre estas costumbres”, es evidente que pueden existir otras. De la misma forma, al indicarse que las costumbres subsisten, se muestra que no deben considerarse cercenadas por la disposición final 1ª de la Compilación de 1961.

El propio legislador balear de 1990, por tanto, ha venido a reconocer que la Compilación de 1.961 no determinó la desaparición de las costumbres entonces vigentes, pues es de la mayor evidencia que no se habría dado a la costumbre la consideración de segunda fuente del Derecho –cual hace el art. 1 de la Compilación de 1.990–, ni se contendrían en su exposición de motivos las palabras trascritas, si el proceso creador de las costumbres se hubiera truncado en 1.961, ya que es difícil considerar que, entre 1.961 y 1.990 se pueda dar el largo uso y la inveterada tradición que son esenciales al concepto de costumbre. Además, como se dice en la obra que se glosa, en 1.961 las costumbres podían seguir perviviendo al amparo del art. 6 Cc.

Por tanto sí pueden admitirse las costumbres anteriores a la Compilación de 1.961 siempre que se compruebe su permanencia en la actuación colectiva y, consiguientemente, su actual vigencia.

### **III.- CONSIDERACIÓN FINAL.**

Y, llegados a este punto, se me puede decir aquello de FACTA, NON VERBA, hechos, no palabras; y solicitarme, consiguientemente, que conteste a la pregunta del título y diga ya si realmente existen o no costumbres normativas dentro de nuestro Ordenamiento jurídico.

El legislador balear, en la Compilación de 1.990, y al menos desde un punto de vista teórico, ha dado contestación afirmativa a esta pregunta. Existen costumbres normativas, pues la costumbre es la segunda de las fuentes de nuestro Derecho. Es más, le ha conferido un status superior al que tiene la costumbre en el propio Código civil. Y ello es así porque no solamente viene a admitir la costumbre *praeter legem* o fuera de ley, sino que muestra también la admisión de la costumbre *secundum legem* o interpretativa, que, en el sistema del Código civil, es rechazada, al no figurar las costumbres entre los elementos de interpretación de las normas del art. 3 Cc, y partirse de la libertad del Juez de interpretar las normas, sin que su labor se vea mediatizada por una costumbre interpretativa anterior. Por el contrario, la Compilación llama expresamente a la costumbre como elemento de interpretación en materia de sociedad rural menorquina, espolits y explotación a mayoral; en estas materias, por tanto, el Juez deberá seguir las pautas interpretativas impuestas por la costumbre. Ello aparte de ser la costumbre uno de los elementos integrantes de la tradición

jurídica balear, conforme a la cual ha de tener lugar –según el art. 1– la interpretación e integración del Derecho civil propio.

Incluso el legislador balear admite –y no se rasguen las togas, queridos compañeros académicos– una especie de costumbre contra legem no foralis. Según el párrafo 3º del art. 1, el Código civil y demás leyes civiles estatales sólo entran en juego en defecto de ley y costumbre del Derecho balear. Por lo tanto, el hecho de que el Código civil regulara de manera distinta una actuación regida entre nosotros por una costumbre propia sería absolutamente intrascendente y prevalecería la costumbre.

Pero, recordemos, *facta, non verba*, y entonces la pregunta sería: ¿se dan realmente entre nosotros costumbres que justifiquen este importante tratamiento legislativo que les dispensa la Compilación, o, por el contrario, les confiere esta alta consideración sabiendo que su escasísimo número no planteará problemas de confrontación normativa, y con ello se actúa, además, de acuerdo con la alta consideración que, en los Derechos forales, ha de tener la costumbre, por haber estado la misma en su propia entraña y base de creación?.

En la obra del Doctor Martínez Cañellas hay amplias relaciones de costumbres, algunas históricas y otras vigentes, sobre las que no voy a hacer referencia para no alargar este trabajo. Por otra parte, todos los que nos movemos en el campo del Derecho hemos sido testigos de la aplicación por los Tribunales de costumbres en materia de arrendamientos rústicos, *aparcerías* y *servidumbres*.

Pero, además de ello, yo invitaría a mirar con ojos jurídicos la realidad que nos rodea. Recuerdo de mis lejanos tiempos de opositor mi ejercicio de Metodología jurídica, en el que enfatizaba que el jurista debe abstraer de las realidades los hechos relevantes jurídicamente. Recordaba, en este sentido, un texto de Plutarco, tomado de la vida de Solón, del siguiente tenor: habiendo lanzado al mar sus redes unos pescadores de la isla de Cos, unos extranjeros de la ciudad de Mileto que pasaban por allí acordaron adquirir el resultado de la pesca antes de que las redes fueran retiradas. Mas, cuando tal se hizo, apareció un trípode de oro macizo que, según parece, fue arrojado en aquel lugar por Helena a su regreso de Troya, en recuerdo de un antiguo oráculo, discutiendo entonces pescadores y extranjeros sobre a quien pertenecía el trípode. Indudablemente, el jurista, además de ver en estos hechos un hallazgo arqueológico, una pesca ciertamente atípica o una apuesta que aparentemente salió bien, debe apreciar un vicio del consentimiento mayúsculo: un error en la base del negocio jurídico.

Pues bien, miremos la vida con ojos jurídicos; y, aplicando ello al tema que nos ocupa, tal vez encontraríamos situaciones en las que se da esta



repetición de actos –incluso a veces con convicción de necesidad jurídica de actuar de este modo– que constituyen, por tanto, verdaderas costumbres normativas.

En estos momentos, se plantea en nuestra colectividad –lo vemos por los medios de comunicación– el tema del cierre de ciertos caminos o senderos que han venido siendo utilizados de manera pública. Tenemos la suerte de vivir en una tierra privilegiada, en la que tradicionalmente todos hemos tenido acceso a los majestuosos paisajes y a las altas cimas de nuestra Serra de Tramontana, y, lamentablemente, los compradores de algunas antiguas fincas ubicadas en la zona han cerrado sus propiedades a cal y canto, causando los problemas consiguientes. Los Tribunales ya conocen de alguno de estos casos, como el Camí de Es Rafal, en Banyalbufar, para el acceso a Planici y Font des Garbell, Caminos de Es Fangar, etc. . .

Como ya no soy Juez –y, por tanto, puedo dar mi opinión libremente pues sé que no tendré que juzgar ninguno de estos casos o similares– puedo decir que yo veo verdaderas costumbres en el posible tránsito por estos caminos cuando se trata de los caminos históricos que unían, y siguen uniendo, localidades, pueblos, aldeas, oratorios y santuarios, agrupaciones de casas y “lloguerets”. La repetición de actos de uso del camino es innegable, pues desde siempre se ha transitado y se sigue transitando –al menos hasta que se produce el cierre obstaculizador– por los mismos. Y, en cuanto a la OPINIO IURIS, cuento una anécdota ciertamente expresiva de la misma, con la que finalizo este trabajo.

Ocurrió hace muchos años en una tradicional finca que es cruzada por el antiguo sendero de montaña que unía –y sigue uniendo– Soller y Lluç. El dueño, o el encargado, de la finca estaba enfadadísimo porque se habían dejado una barrera abierta, por la que se escapó una de las vacas que pastaban en ella, habiendo tenido que acudir a buscarla con considerable esfuerzo. Cuando vio aparecer al grupo montañero del que formaba parte no nos recibió con flores y laureles precisamente; nos contó lo que había pasado y nos dijo que su deseo era cerrar la finca absolutamente, para que por ella no pasara nadie. La lástima –añadió, y por eso lo cuento– es que no puedo hacerlo, porque por mi finca discurre el camino de montaña de Soller a Lluç y “¿com puc jo tencar un cami real?”.

Lo cierto es que este propietario vino a reconocer que la costumbre de usar este camino venía avalada –además de por un innegable y repetido uso– por una convicción de validez jurídica, pues existía una coincidencia de todos en considerar que estos caminos o senderos que unían y siguen uniendo pueblos, aldeas, oratorios y santuarios, agrupaciones de casas y “lloguerets” son de uso público, viniendo, por tanto, avalado el tránsito por

los mismos por una innegable costumbre normativa.

Ello no es sino un botón de muestra de que las costumbres, en ocasiones, están ahí. Lo que ocurre es que es preciso descubrirlas. Y, para ello, hay que mirar la vida con ojos jurídicos y no asustarse ante las dificultades, pues, como dijo el clásico –Terencio en esta ocasión– no hay cosa fácil que no parezca difícilísima si se hace de mala gana.

## **VI.- LA REFINANCIACIÓN BANCARIA Y CONCURSO DE ACREEDORES. SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS DE REFORMA**

**Guillermo Alcover Garau**

*Tal es el título de la conferencia, organizada por la Academia, que el día 2 de Abril de 2009 impartió en la sala de actos del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares el Catedrático de Derecho Mercantil de la UIB Guillermo Alcover Garau. La misma se insertaba dentro del proyecto de la Academia de organizar conferencias sobre cuestiones de indudable actualidad jurídica; y no podía dudarse de que las trabas que la ley concursal ponía a la refinanciación bancaria de las empresas en crisis eran una dificultad añadida a la tan generalizada como aguda crisis económica que padecemos.*

*Una circunstancia que no se había previsto dio aún más actualidad a la conferencia, pues, unos días antes, apareció en el BOE el RDL 3/2009 de 27 de Marzo, que modifica la ley concursal en el aspecto reseñado; entonces la conferencia supuso disponer de un lúcido análisis crítico del alcance y perspectivas de la novedosa reforma legislativa ya realizada.*

*Como dijo el conferenciante al inicio de su parlamento, el título de la conferencia anunciado había quedado desfasado, pues ya no podía hablarse de “propuestas de reforma”, dado que estábamos ante modificaciones legislativas plenamente vigentes.*

Señoras y señores,

Ante todo, quisiera agradecer a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, y, en especial, al Doctor Masot, que fue mi profesor de obligaciones y contratos, su amable invitación a impartir esta conferencia cuyo título ya ha quedado desfasado debido a que el día 31 de marzo apareció en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, cuyo Capítulo Tercero contiene una reforma de la Ley concursal bastante amplia pero de baja intensidad, excepto por lo que se refiere a la cuestión de la refinanciación bancaria.

En efecto, esta reforma tiene una finalidad básica, como, por lo demás, deja claro el Preámbulo de la norma, aunque no única: la de modificar la Ley concursal a fin de ofrecer lo que se ha venido en denominar un “paraguas” a las refinanciaciones bancarias, cerrando así, por el momento, un amplio debate que se había producido en los círculos jurídicos y financieros sobre dichas refinanciaciones bancarias o, mejor dicho, sobre la relación entre las mismas y el concurso, debate en cuyo seno habían cristalizado dos opciones o dos propuestas de reforma, a las que aludía el título de la conferencia, que, en este momento, debe red denominarse “Refinanciación bancaria y reforma de la Ley concursal”.

Para proceder por orden, analizaré en primer lugar la cuestión de la refinanciación bancaria y el concurso de acreedores para luego examinar el alcance de la reforma, fijándome en las normas sobre refinanciación, remitiendo al coloquio posterior, en su caso, los otros extremos normativos reformados.

La cuestión de la refinanciación tiene su punto de origen precisamente en el hecho de que la aplicación de la nueva Ley concursal ha sido un fracaso, fracaso provocado fundamentalmente por el colapso de los juzgados de lo mercantil, y que ha devenido en que lo que debía ser un instrumento ágil y rápido para intentar llegar a un convenio de masa en un plazo aproximado de nueve meses o a un convenio anticipado en uno de tres, se ha convertido en lo que era la antigua quiebra, un “laberinto sin fin”. De ahí que escaseen, y mucho, los convenios, y más aún los anticipados, y casi siempre se resuelva todo en una interminable liquidación. En definitiva, no hay empresa que resista que su titular esté más de dos años concursado. Y es que desde el punto de vista práctico no se advierte gran diferencia entre lo que se obtenía a través de una quiebra o de una suspensión de pagos y lo que se obtiene en la actualidad de un concurso.

Este fracaso, unido a las exigencias de las normas sobre provisiones del ordenamiento sectorial bancario, recogidas en la conocida Circular 4/2004

del Banco de España, ha determinado que a ninguna entidad de crédito le interese el concurso de sus deudores.

De aquí ha surgido de forma natural la alternativa de la refinanciación bancaria mediante la cual el deudor y sus acreedores entidades de crédito intentan llegar a un acuerdo de refinanciación que pueda evitar el concurso.

Dicho acuerdo de refinanciación es en principio válido y, a la vista de la aludida situación de colapso de los juzgados de lo mercantil, muchas veces es, más que conveniente, la única solución posible si lo que se pretende es salvar la empresa, de forma que la disyuntiva es, desgraciadamente, refinanciación o liquidación.

Ahora bien, y aquí está la raíz de toda la problemática, sucede que el acuerdo de refinanciación también puede tener y ha tenido con mayor frecuencia de la deseable una finalidad espuria: la de servir no para intentar evitar un concurso, sino para, ante un concurso que se estima inevitable, reforzar con garantías los créditos bancarios.

La preponderancia en la práctica de esta segunda finalidad, que seguramente ha motivado que el artículo 71, 3, 2º, in fine, del que se trata más adelante, presuma que las refinanciaciones son perjudiciales para la masa activa, ha determinado que la refinanciación bancaria en general se vea con malos ojos y se equipare sin más por bastantes al perjuicio y a la mala fe y, también, a la complicidad en el concurso culpable.

Todo ello determina que sea esencial profundizar en la tipología de las refinanciaciones bancarias, de forma que la necesaria represión judicial de las perniciosas para los intereses de los acreedores concursales no debe impedir que se celebren las que sean beneficiosas para todos los implicados, tanto deudor como acreedores bancarios como, incluso, el resto de los acreedores.

Dicho lo anterior, los dos tipos son los siguientes:

En primer lugar, la refinanciación para evitar el concurso.

Puede suceder que una serie de entidades de crédito detecten que su deudor común padezca una situación de dificultad económica que pueda ser incluso una situación de insolvencia inminente o actual. Ante tal situación, pueden llegar a la conclusión –o puede hacerlo una entidad independiente contratada a tal fin por el deudor– de que si la empresa toma determinadas medidas y adopta un plan de viabilidad puede racionalmente esperarse que el deudor superará dicha situación siempre y cuando las entidades de crédito se avengan a refinanciarle sus créditos, vencidos o no, e incluso a ampliárselos con la inyección de dinero fresco, pudiendo además implicar la

refinanciación una quita. Todo ello lo harán las entidades de crédito a cambio de obtener las suficientes garantías, controlar el cumplimiento del plan de viabilidad e incluso intervenir en la toma de determinadas decisiones o prohibir otras.

Si se observa dicha tipología, se advierte que lo esencial es que los acreedores bancarios, al analizar la situación de la entidad y las condiciones de la operación, esperan que el deudor les devolverá sus préstamos y evitará el concurso. Tal previsión debe ser económicamente racional, ya que es obvio que una seguridad absoluta de devolución no puede conseguirse, de forma que siempre es posible que, pese a la refinanciación, el deudor finalmente caiga en concurso.

En segundo lugar, la refinanciación para reforzarse ante un concurso inminente.

También puede suceder –y, como he señalado, no puede ocultarse que ha acontecido con demasiada frecuencia– que una o varias entidades de crédito –aunque lo más frecuente es que sea una sola–, al detectar que la situación de su deudor es de insolvencia actual o inminente, opten por refinanciar sus créditos, estén o no vencidos, a cambio de garantías o de más garantías con el fin de que, una vez declarado el concurso, se vea reforzada su posición en tanto acreedores con privilegio especial (artículo 90, 1, 1º).

En esta tipología lo esencial es que los acreedores bancarios, al percatarse de la situación del deudor, o bien no ven solución a la misma después de analizarla, o bien ni siquiera la analizan a tal fin, y realizan una operación de refinanciación con garantías cuya devolución no es, desde el punto de vista económico, razonable que se produzca. O sea, y como se ha dicho, no se persigue evitar el concurso, sino reforzar la posición jurídica ante la inminencia o gran probabilidad de éste.

Llegados a este punto, se puede ya analizar el tratamiento concursal de las refinanciaciones antes de la actual reforma, debiéndose en principio distinguir entre la perspectiva de la reintegración y la de la complicidad en el concurso culpable.

Ahora bien, la circunstancia de que la problemática concursal de la refinanciación se haya dado en la práctica casi exclusivamente en relación al instituto de la reintegración y de que, por ello, la reforma haya incidido exclusivamente en este extremo, determina el que me refiera sólo a ella, remitiendo, en su caso, para el posterior coloquio, la temática de la refinanciación y la complicidad en el concurso culpable.

Centrándome, así, en el instituto concursal de la reintegración, se debe empezar señalando que, con carácter general, a la hora de decidir los

administradores concursales si determinado negocio puede ser objeto de una acción de reintegración, de lo que se trata es de examinar si el íntegro negocio es o no perjudicial para la masa activa, con independencia de que haya o no intención fraudulenta, y de si se celebró dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso (artículo 71).

A este respecto, es obvio que lo será si el negocio es gratuito o si, siendo oneroso, el valor de la prestación que realizó el deudor en el momento de la perfección del negocio era superior al valor de la prestación de la contraparte.

Además, y como ya se ha apuntado, la ley contempla expresamente la refinanciación al presumir, salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial cuando se esté en presencia de una “constitución de garantías reales a favor de (...) nuevas [obligaciones] contraídas en sustitución de [obligaciones preexistentes]” (artículo 71, 3, 2º, in fine).

Si la acción de reintegración triunfa, la situación jurídica de las partes debe volver al estado anterior al de celebración del negocio, para lo que se precisa la devolución de prestaciones. Ahora bien, el tratamiento de la obligación de devolución de la prestación de la contraparte a cargo del concursado varía en función de la buena o mala fe de aquella: si es de buena fe, la obligación es una deuda de la masa; si es de mala fe, es el último de los créditos subordinados (artículo 73, 3; 84, 2, 8º, y 92, 6º).

La mala fe debe entenderse existente si se demuestra que la contraparte sabía o no podía ignorar cuando contrató con el deudor que el negocio realizado entre ambos era perjudicial y que se realizó cuando éste estaba en una situación económicamente comprometida.

Lo anterior aplicado al supuesto de la refinanciación bancaria implica:

Primero.

Ante todo, la ley presume, salvo prueba en contrario, el perjuicio en el supuesto de refinanciación, por lo que no es la administración concursal la que debe probarlo, sino el deudor y especialmente el acreedor bancario los que deben probar su ausencia.

Segundo.

Lo que debe analizarse es el íntegro negocio realizado, o sea, el completo negocio de refinanciación, un negocio en el cual, y en lo básico, una entidad de crédito concede a un deudor un aplazamiento de sus créditos a cambio de unas garantías.

Como en dicho negocio hay onerosidad –aplazamiento a cambio de garantías e intereses–, de lo que se trata es de comparar el valor de las

respectivas prestaciones no en el momento en que se estudia la posible interposición de la acción de reintegración por la administración concursal, sino en el momento de la perfección del negocio.

#### Tercero.

En el supuesto de refinanciación cuya finalidad sea reforzarse ante un concurso inminente, no cabe duda de que hubo perjuicio para la masa activa en el momento de la celebración del contrato, ya que mientras el deudor en virtud del negocio de refinanciación obtuvo un aplazamiento que en el momento de su concesión ya se sabía o no se podía ignorar que para nada serviría, salvo para agravar el concurso, el acreedor bancario obtuvo una garantía que le permite una vez declarado el concurso sustraerse a la ley del dividendo, de donde esta segunda prestación, la del deudor, es más valiosa que la primera, la del acreedor bancario.

Ciertamente y de forma general, todo acreedor quiere sustraerse a dicha ley y para conseguirlo existen precisamente las garantías, que son perfectamente lícitas, por lo que sería inexacto decir que el perjuicio se produce porque la garantía ataca la ley del dividendo, sino que, como se acaba de exponer, lo que aquí sucede es que esta sustracción a la ley del dividendo tiene mucho más valor que lo que el acreedor da a cambio para conseguirla, que es un mero aplazamiento sin utilidad real alguna.

#### Cuarto.

Una vez se llega a conclusión de que el negocio de refinanciación es perjudicial para la masa activa, se llegará también de forma casi ineludible a que el acreedor bancario lo ha sido de mala fe debido a su carácter de acreedor profesional.

Es efecto, como en tal caso la mala fe existirá en la medida en que el acreedor bancario sabía o no podía ignorar cuando pactó la refinanciación que el deudor estaba en una situación económicamente comprometida y que la refinanciación era perjudicial, es indudable que dicho carácter profesional de aquel llevará a su mala fe de forma casi automática.

Y ello implicará que las garantías hipotecarias se anularán y que el crédito que se sustituyó por el refinanciado se pagará como subordinado —lo normal será nunca— y, si estaba garantizado y la refinanciación consistió en una ampliación de las garantías, hay que entender que las garantías originales se declararán extinguidas (por aplicación analógica del artículo 97, 2).

#### Quinto.

Por el contrario, una refinanciación cuya finalidad haya sido evitar el



concurso, finalidad que, no obstante, ha fracasado, no perjudicó a la masa activa en el momento de la celebración del contrato, ya que mientras el deudor en virtud del negocio de refinanciación obtuvo un aplazamiento que en el momento de su concesión era razonable pensar que evitaría el concurso, el acreedor bancario obtuvo una garantía. Aquí lo que obtuvieron las partes puede considerarse equivalente.

Expuesto lo anterior, hay que señalar que las resoluciones de los juzgados de lo mercantil y, las menos, de las Audiencias Provinciales relativas a la aplicación de las normas de la reintegración a las refinanciaciones bancarias no forman, como por otra parte es inevitable, un todo homogéneo, pero si puede detectarse una actitud claramente contraria a las refinanciaciones en general, que tiende a ver en toda refinanciación un negocio perjudicial para la masa y en toda entidad de crédito participante en dicho negocio una actitud de mala fe.

A este respecto, han sido especialmente analizadas con preocupación por las entidades de crédito y por los organismos que las representan la Sentencia del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Madrid de 21 de mayo de 2007, que estimó prácticamente de forma automática perjudicial un negocio de refinanciación de un crédito vencido y a la entidad de crédito de mala fe y la actuación de los administradores concursales de Martinsa-Fadesa, que en su informe han anunciado que impugnarán, y de hecho ya lo han hecho, una refinanciación de una deuda de cuatro mil cien millones de euros concedida por un sindicato de bancos y realizada tres meses antes de la presentación del concurso.

A notar ya que la mayoría de las entidades que forman el sindicato han renunciado a sus garantías para intentar conseguir una posición de buena fe que les evite la subordinación de sus créditos, a lo que parece ha accedido la administración concursal.

Y han sido estas dos actuaciones las que han propiciado las propuestas de reforma que a partir de ahora analizaré y que han cristalizado con la reciente reforma de la Ley concursal.

Pero antes de analizar las propuestas de reforma y la reforma final, hay que ser conscientes del marco general en cuyo seno se desenvuelve el debate, en el que entrecruzan dos cuestiones diversas, aunque relacionadas.

Por un lado, la problemática que suscita la deficiente aplicación de la Ley concursal debida a la falta de medios de los juzgados de lo mercantil, problemática cuya solución no pasa por la reforma legal, sino por la dotación presupuestaria suficiente para que el concurso sea lo que en la Ley concursal es: una solución a un problema económico que debe durar de tres

a nueve meses y no un segundo problema que determina que el primero sea irresoluble.

Por otro lado, la problemática de las refinanciaciones bancarias, que está conectada con la anterior, pero que es distinta. Esta relacionada con la anterior en un doble sentido: mientras exista la situación de colapso actual, la refinanciación es una buena alternativa al concurso; cuando la situación desaparezca, si es que desaparece algún día, muchas refinanciaciones para evitar el concurso no serán necesarias y las refinanciaciones para reforzarse ante el mismo serán demasiado peligrosas. Pero es distinta porque se focaliza exclusivamente en una preocupación de una de las partes interesadas: la de las entidades de crédito al ver como sus refinanciaciones peligran al entrar los deudores en concurso.

Todo ello lleva a una conclusión obvia: la reforma legal realizada, que en lo fundamental regula el tratamiento concursal de la refinanciación y, en lo demás, establece una reforma de determinados temas puntuales, no ataja ni puede atajar la problemática general apuntada, que es de tipo económico, y, por ende, al problema de la crisis del empresario se seguirá añadiendo el problema de su tratamiento legal, el concurso.

Sentado lo anterior, es hora de analizar las dos opciones barajadas a fin de regular las refinanciaciones bancarias en el seno del concurso.

Por un lado, se proponía como criterio para determinar qué refinanciaciones son rescindibles y cuáles no su finalidad, de forma que no serán rescindibles las refinanciaciones preventivas de deudas cuya finalidad sea propiciar el reflotamiento del deudor.

Para evitar la indefinición del criterio, se establecían una serie de criterios adicionales para poder determinar la bondad de la refinanciación, siendo el básico en todas las propuestas el de que un auditor o experto económico analice la refinanciación a fin de que constate que efectivamente se propicia el reflotamiento del deudor.

En este grupo hay que enmarcar la propuesta de la Confederación de las Cajas de Ahorro de octubre de 2008 y la del Ministerio de Justicia de 12 de diciembre de 2008.

La primera establece tres requisitos adicionales: primero, que el deudor pueda presentar propuesta anticipada de convenio; segundo, que dos expertos nombrados por el Registro mercantil comprueben, para lo que tienen un plazo de quince días hábiles desde su nombramiento, la razonabilidad de la renegociación y que las garantías son proporcionales y no impiden que el resto de los acreedores puedan cobrar, y tercero, que en la refinanciación participen dos terceras partes del pasivo del deudor.

La del Ministerio de Justicia se mueve en parecidos términos, pero es más sucinta y tiene una diferencia muy relevante con la anterior: mientras que la de la Confederación estima que las refinanciaciones que cumplen los requisitos fijados no pueden rescindirse, la del Ministerio estima que no están sujetas a la presunción de perjuicio, lo que es muy distinto, ya que en el primer caso las refinanciaciones definidas son inatacables y en el segundo sí lo son, aunque sin que juegue en su contra la presunción de perjuicio.

Por otro lado, se proponía como criterio el contenido de la refinanciación, de forma que se fija el contenido contractual que debe tener la refinanciación para que no esté sujeta a la presunción de perjuicio.

Hay que citar aquí la propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda, en virtud de la cual se establece que no estará sujeta a la presunción de perjuicio “la constitución de garantías reales que aseguren obligaciones preexistentes, u otras nuevas contraídas en sustitución de aquellas, cuando las antiguas estén vencidas, se prorrogue el plazo para exigirlas en más de tres años y se amplíe el crédito al deudor en más de un veinte por ciento. Tampoco lo estará la ampliación de garantías cuando se haya incrementado el crédito en la misma proporción”.

Desde luego, sorprendían las anteriores propuestas concretas en la medida en que los requisitos que se establecían para que las refinanciaciones no fueran rescindibles o no se estimasen perjudiciales eran sumamente estrictos.

En todo caso, con independencia de las concretas propuestas, parecía mejor atender a la finalidad de la refinanciación que a su contenido objetivo a la hora de determinar qué financiaciones deben ser rescindibles y cuáles no.

A este respecto, ya he señalado que la distinción entre los dos tipos de refinanciaciones básicos se basa precisamente en su finalidad –para evitar un concurso o para reforzarse ante su inminencia–, de forma que, aunque esta finalidad se traduce en la tipología contractual de la refinanciación y es distinta en los extremos opuestos de los tipos básicos, se desdibuja en las refinanciaciones de la zona intermedia, de donde se deduce que es muy difícil fijar el contenido contractual mínimo de la refinanciación lícita y, en consecuencia, se corre el peligro de que sea demasiado estricto o demasiado laxo.

Más aún, en realidad, los tipos contractuales, sean de compraventas o de acuerdos de refinanciación, son un contenido compuesto por diversos elementos que traslucen una finalidad, pero dicha finalidad puede subsistir

aunque alguno de los elementos de un tipo falte en un concreto supuesto.

Así, es un elemento que aboga por la licitud de una refinanciación el que se aporte dinero fresco, pero no puede decirse que toda refinanciación sin aportación de dinero fresco es perjudicial ni que toda refinanciación con tal aportación sea beneficiosa.

Por ello, no parece desacertado fijarse en la finalidad de la refinanciación y no en su concreto contenido a la hora de decidir qué refinanciación es rescindible y cuál no.

Y ello es precisamente lo que finalmente ha hecho la reforma concursal.

En efecto, el artículo 8, tres, del Real Decreto-Ley introduce una disposición adicional a la Ley concursal a fin de regular los acuerdos de refinanciación y, más en concreto, a fin de enumerar qué requisitos debe cumplir un acuerdo de refinanciación para que ni el acuerdo ni los negocios, garantías constituidas, actos y pagos realizados en ejecución del mismo estén sujetos a la acción de rescisión prevista en el artículo 71, 1, de la Ley concursal.

Por tanto, es esencial notar, recordando lo ya expuesto, que de lo que se trata es de fijar una serie de requisitos que deben tener los acuerdos de refinanciación no para que no juegue en relación a ellos la presunción de perjuicio del artículo 71, 3, 2º, sino, más radicalmente, para que no quepa la acción rescisoria concursal.

Por tanto, si tales requisitos no se cumplen, jugará la presunción; si se cumplen, el acuerdo no será rescindible en modo alguno, lo cual debería determinar la fijación de unos criterios mínimamente razonables, como los contenidos en las Propuestas analizadas, ya que, en caso contrario, la norma se convertiría en un “coladero” de todo tipo de acuerdos de refinanciación a favor de las entidades de crédito y en contra del resto de los acreedores.

Veamos, pues los requisitos.

Para empezar, la norma define lo que se entiende por acuerdo de refinanciación, incluyendo en la misma definición un primer y fundamental requisito.

En concreto, se entiende por acuerdos de refinanciación los acuerdos alcanzados por el deudor con determinados acreedores sobre la base de un plan de viabilidad que permita razonablemente la continuidad de la actividad empresarial a corto y a medio plazo y que consistan, bien en la ampliación significativa del crédito disponible, o sea, en la inyección de dinero fresco, bien en la prórroga o sustitución de obligaciones preexistentes.

Como se ve, es una definición común de refinanciación a la que se le añade un elemento esencial: la existencia de un plan de viabilidad, que, en realidad, es, como ya he apuntado, el primer requisito que deben cumplir las refinanciaciones para no estar sujetas a la acción de rescisión concursal y a la presunción de perjuicio.

Con esta alusión al plan de viabilidad, la norma se decanta por las refinanciaciones que he denominado refinanciaciones para evitar el concurso, lo que se consigue diseñando un plan de viabilidad cuyo fin sea permitir la continuidad de la actividad empresarial en el corto y en el medio plazo, no en el largo plazo.

Este acuerdo de refinanciación debe sujetarse a tres requisitos adicionales: el primero cuantitativo, el segundo de control y el tercero y último formal.

Los paso a analizar separadamente.

El requisito cuantitativo se refiere a que el acuerdo de refinanciación debe ser suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.

En realidad, este requisito pone de relieve que la atención del legislador está puesta en las refinanciaciones bancarias. En efecto, son los bancos los que pueden coordinarse entre sí a fin de llegar a un acuerdo de tal tipo con el deudor, que difícilmente podría conseguir un acuerdo así con sus proveedores, grupo generalmente constituido por múltiples empresarios no relacionados entre sí y con créditos no muy elevados.

El requisito de control es el más relevante y, desgraciadamente, el más deficiente.

En efecto, el acuerdo de refinanciación debe ser informado por un experto independiente nombrado por el Registrador mercantil de acuerdo con las previsiones contenidas en el Registro mercantil para el nombramiento de experto independiente a fin de que elabore un informe sobre las aportaciones no dinerarias a sociedades anónimas.

Se plantea, como se plantea análogamente en sede de anónimas, qué experto es el que puede realizar tal informe, o sea, quién es el profesional que sabe de acuerdos de refinanciación y de planes de viabilidad.

Ante el criticable silencio de la norma, habrá que estar a lo que dice el artículo 340 del Reglamento: el Registrador designará el experto “a su prudente arbitrio”.

Pero la cuestión más importante, y más criticable, se plantea en relación

a la función de este experto de no se sabe de qué tipo: el experto debe realizar un juicio técnico exclusivamente sobre los tres extremos siguientes: la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad y la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones del mercado en el momento del acuerdo.

En mi opinión, y como ya he dicho, tal regulación, que acoge el esquema de la Propuesta de la Confederación pero rebajando sustancialmente los requisitos, es sumamente criticable en la medida en que el solo juicio favorable del experto evita de raíz que la administración concursal pueda impugnar ante el juez del concurso el acuerdo de refinanciación, que deviene así en inatacable.

Dicho de otra forma, el juego de estas normas determina que el experto nombrado por el Registrador mercantil, sin, desde luego, oír a todos los interesados, adopte sin ulterior recurso una posición que corresponde al juez del concurso, que, no se olvide, es el órgano rector del procedimiento.

Es obvio que lo que se debería haber dicho es que, de cumplir la refinanciación los requisitos fijados, la presunción de perjuicio no era de aplicación, pero, no obstante ello, el acuerdo de refinanciación podía ser impugnado ante el juez por los administradores concursales, que, lógicamente, deberían probar el perjuicio.

Y finalizo ya, el tercer y último requisito es formal: el acuerdo debe elevarse a escritura pública, protocolizándose el plan de viabilidad y el informe del experto.

Y nada más. Reitero mi agradecimiento a la Academia por su amable invitación, al Doctor Masot por haberme brindado esta oportunidad y a Ustedes por haber venido y por haber tenido la paciencia de escucharme. Muchas gracias.

## VII.- MEDIDAS SUCESORIAS A FAVOR DEL DESCENDIENTE CON INCAPACIDAD

*En la sesión de la Academia que se celebró el 16 de Febrero de 2009 se acordó la creación, en el seno de la misma, de una Comisión interna de Derecho privado orientada particularmente a los objetivos previstos en el art. 3.3 de los estatutos de la Corporación, que son el estudio de las disposiciones legales para orientar su aplicación, formular propuestas de reforma y concurrir a las informaciones públicas sobre la nueva legislación.*

*Dicha Comisión abordó el tema de la posible incidencia en nuestro Derecho sucesorio de la ley estatal 41/2003 de 18 de Noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad; planteándose también la cuestión de si, en caso de no ser posible la aplicación de la misma por chocar con los principios y normas de nuestro Derecho, podría ser de interés una reforma legislativa sobre la materia.*

*Sobre el tema en cuestión, el coordinador de la Comisión Miquel Masot redactó una ponencia que fue remitida a todos los Académicos, para su conocimiento y objeciones en su caso, convocándoles a una reunión para debatir el tema. Esta reunión se celebró el 23 de Marzo de 2009 y contó con la importante intervención de los Académicos Bernardo Cardona Escandell, José Cerdá Gimeno, Jaime Ferrer Pons, Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés y Tomás Mir de la Fuente.*

*El texto definitivamente aprobado fue remitido a la Comissió Assessora de Dret civil del Govern balear y a la Presidencia del Parlament de las Illes Balears.*

## **I.- PREAMBULO.**

La ley estatal 41/2003 de 18 de Noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad colmó un vacío en la normativa general del Estado, dando desarrollo al principio constitucional encarnado en el art. 49, según el cual los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

En el marco contemplado por esta ley, debe también tenerse en cuenta la reciente ley 1/2009 de 25 de Marzo, de reforma de la ley de 8 de Junio de 1.957 sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la ley 41/2003 de 18 de Noviembre, a la que en el párrafo anterior se ha hecho referencia. La modificación de esta última ley atiende fundamentalmente al mejor control de los patrimonios protegidos por parte del Ministerio Fiscal y a la introducción de la consideración de que entran en el concepto de acto de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrado en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria. Aparte de ello, y entre otros extremos, se propugna la reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, así como la mejora del tratamiento fiscal de los patrimonios protegidos, y la realización de estadísticas del Registro Civil que recojan las inscripciones que afecten a todo este ámbito de modificaciones de la capacidad de obrar, tutelas y patrimonios protegidos.

Todo ello revela una verdadera preocupación por la materia por parte del legislador estatal, lo cual es tanto más necesario si se tiene en cuenta que la realidad social nos muestra que la mejora de la asistencia sanitaria ha determinado, en muchos casos, la supervivencia de los discapacitados a sus progenitores. Lo cierto es que la ley 41/2003 de 18 de Noviembre ha sido aceptada y aplaudida por la colectividad, aún cuando puede suscitar, desde el punto de vista jurídico, algunas fundadas dudas.

En el presente estudio pasaremos a contemplar las siguientes cuestiones:

– ¿Es posible la aplicación íntegra de la ley 41/2003 en nuestra Comunidad Autónoma?

– En caso de no serlo, ¿debería dictarse una normativa para tratar de resolver el problema suscitado por la no aplicabilidad?



– ¿Cuál debería ser el contenido de esta normativa?.

Vamos a tratar de dar respuesta a estas preguntas.

## **II.- SOBRE LA APLICABILIDAD DE LA LEY ESTATAL 41/2003 EN NUESTRO AMBITO TERRITORIAL.**

La ley tiene tres capítulos, dos disposiciones adicionales y tres finales.

El capítulo I ofrece la posibilidad de crear un patrimonio protegido de las personas con discapacidad, diciendo el art. 1 que el objeto de la ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. En los siete artículos siguientes regula detalladamente los beneficiarios, constitución, administración, aportaciones, extinción, supervisión y constancia registral de dicho patrimonio.

Ello expuesto, no parece surgir obstáculo alguno para la aplicación de dicho capítulo en nuestro ámbito territorial, ya que no hay ley o costumbre en nuestro Derecho que pueda ser aplicable antes que la expuesta, ni, de otra parte, aparece la misma contraria a los principios generales de nuestro Ordenamiento jurídico.

La conclusión podría ser entonces la de que las personas con discapacidad de nuestra Comunidad Autónoma pueden beneficiarse sin problemas de la normativa establecida por el capítulo 1 de la ley.

Por su parte, el capítulo III se limita a establecer el tratamiento fiscal del patrimonio protegido diseñado en el capítulo 1. Es innegable la aplicabilidad de las normas de este capítulo III, en las Illes Balears, a los hechos imposables sujetos a los impuestos a que se refiere la ley 41/2003 de 18 de Noviembre de que se viene tratando, como son los Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas, de Sociedades, de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (y sobre el Patrimonio).

Sin perjuicio de la legislación autonómica posterior, en esta materia y sobre otros tributos cedidos por el Estado, como el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Respecto del que hay que recordar que la ley 22/2006 de 19 de Diciembre, en su art. 28, estableció una reducción del 99 por ciento en las donaciones que constituían aportación a patrimonios protegidos regulados en la ley 41/2003 de 18 de Noviembre. Y, en los artículos 27, 29 y 30, otra del 50 por ciento en la base imponible de las donaciones de inmuebles, y, aún, dinerarias, para la primera vivienda

habitual, que hagan los padres o ascendientes a discapacitados de determinada graduación, o para su adquisición de empresas, negocios profesionales o participaciones para ellos.

Sin olvidar que el Decreto-Ley 1/2008 de 10 de Octubre y la ley 1/2009 de 25 de Febrero, de medidas tributarias para impulsar la actividad económica en las Illes Balears, contienen normas relativas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el tramo autonómico de la deducción por inversión en vivienda habitual, sobre deducción autonómica por las cuotas satisfechas en concepto de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en sus modalidades de transmisiones onerosas o actos jurídicos documentados, por razón de la adquisición de la vivienda habitual, protegida o no, o por el arrendamiento, en las que se tiene en cuenta la discapacidad del contribuyente, en alguna forma. Y, aún, relativas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que tienen en cuenta la incapacidad o discapacidad del donante, para reducciones en donaciones de bienes afectos a actividades económicas, participaciones sociales, o dinerarias para su adquisición cuando se mantengan o creen puestos de trabajo.

A la vista de cuanto antecede, es claro que el problema se centra en el capítulo II, titulado “Modificaciones del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

De entrada, debe señalarse que en la exposición de motivos de la ley se dice que la regulación contenida en la misma se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el art. 149.1.8 CE y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el art. 13.2 Cc. Afirmación legal que hay que entender expuesta a mayor abundamiento, pues es evidente que la preferencia de las disposiciones dictadas sobre la materia en las Comunidades con Derecho civil propio estaría fuera de toda duda.

Ello expuesto, vamos a revisar los artículos que integran el capítulo II.

El art. 9 modifica una serie de preceptos del Código civil relativos a la tutela; preceptos que podían integrarse en nuestro Ordenamiento jurídico al no existir norma foral propia y no darse contradicción alguna con los principios generales de nuestro Derecho.

Igualmente los arts. 11, 12, 13 y 14 establecen modificaciones en las materias de mandato, contrato de alimentos, conceptualización de lo que debe entenderse por persona con discapacidad a los efectos prevenidos en los arts.

756, 822 y 1.041 Cc y modificación de la LEC sobre las personas que puedan promover la declaración de incapacidad.

En rigor, parece que todas estas modificaciones pueden ser perfectamente asumidas dentro de nuestro Ordenamiento, al darse las circunstancias apuntadas de la inexistencia de norma foral y la no contradicción con los principios generales.

Es claro, entonces que la problemática se centra en el art. 10 de la ley que se viene tratando, que modifica el Código civil en materia de régimen sucesorio.

Precisamente, uno de los Académicos de número –Jaime Ferrer Pons– publicó en “El Rincón de la Academia” de la Revista *Missèr* un meritorio trabajo titulado “La Ley 41/03 y el Derecho civil balear”, en el que ya señalaba la posible conflictividad de las medidas sucesorias de protección del discapacitado de la ley 41/2003 de 17 de Noviembre con el Derecho civil de Mallorca.

De entrada, la conclusión que se deriva del trabajo comentado es que algunas de las más importantes modificaciones sucesorias introducidas por la ley 41/2003 no serían aplicables; cual ocurriría con la posibilidad de establecer, cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, una sustitución fideicomisaria sobre la legítima, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los restantes legitimarios; y ello por oponerse al principio de intangibilidad de la legítima. Y lo mismo cabría decir sobre la atribución, por ministerio de la ley, al descendiente discapacitado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual establecido por el art. 822 Cc reformado por aquella ley; y a igual conclusión se llega en lo que respecta a la no computación, para el cálculo de las legítimas, de la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado; por tener la Compilación su propia previsión normativa en cuanto al cálculo de la legítima y a la computación y atribución legitimaria.

Por el contrario, sí podrían ser de aplicación las disposiciones relativas a la nueva causa de indignidad consistente en no haber prestado a la persona con discapacidad las atenciones debidas y la no sujeción a colación de los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de los hijos o descendientes con discapacidad; justificándose la posible aplicabilidad de estos preceptos en la inexistencia de normas en el Derecho civil balear sobre indignidad, partición hereditaria y colación.

Con la salvedad a hacer de que está muy adelantada la tramitación en nuestro Parlament de un proyecto de ley establecedor de las causas de

indignidad para suceder, a fin de incluir en las mismas las derivadas de la violencia de género. En este caso, una vez dictada la ley, y si en la misma no aparece recogida la causa de indignidad fundada en el hecho de no haber prestado al discapacitado las atenciones debidas, no podrá ya considerarse posible la introducción de una nueva causa de indignidad, al no haber sido ésta contemplada por el legislador autonómico

De todos modos –y para cerrar la cuestión– debe tenerse en cuenta, una vez más, la disparidad entre los regímenes sucesorios de Mallorca y Menorca de una parte y Eivissa y Formentera de otra; por lo que será preciso plantear si en el Derecho sucesorio de las Islas Pitiusas tendría o no aplicación íntegra la ley 41/2003 de 17 de Noviembre.

Y no cabe duda de que también en el Derecho sucesorio de Eivissa y Formentera rige el principio de la intangibilidad de la legítima, el cual podría vetar la posibilidad de establecimiento de la sustitución fideicomisaria legitimaria; intangibilidad que se deduce del art. 79 Comp., expresivo de que que la legítima de los descendientes estará constituida por la tercera parte –o por la mitad– del haber hereditario, sin establecer posible deducción alguna, por lo que no parecen poder surgir limitaciones, cuando las mismas no vienen establecidas en la propia Compilación.

También podría existir otro serio obstáculo para la admisión en el Derecho sucesorio pitiuso tanto de la sustitución fideicomisaria legitimaria como del legado legal del derecho de habitación, y el mismo derivaría de la remisión al Código civil del art. 70 Comp. en conexión con la disposición final 2ª. Dispone el primer precepto que todo lo relativo a la sucesión testamentaria se regirá por el Código civil con las excepciones contenidas en este Libro. Y la disposición final 2ª indica que las remisiones que se hacen en la Compilación a las disposiciones del Código civil se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de la ley. La consecuencia de ello sería que la remisión al Código civil en materia de sucesión testada, al tener un efecto estático y no dinámico, en modo alguno puede abarcar las sucesivas modificaciones que el legislador estatal pueda introducir en la regulación de la misma.

Puede concluirse este apartado exponiendo, pues, que es de interés para el Derecho sucesorio de todas las Illes Balears que se dicte una nueva normativa por nuestro Parlament en establecimiento de medidas sucesorias de aplicación a los incapacitados judicialmente y personas con discapacidad legalmente relevante, al existir problemas técnicos jurídicos que podrían orientar una corriente jurisprudencial impositiva de la aplicabilidad entre nosotros de las más importantes medidas sucesorias establecidas por la ley 41/2003.

### **III.- CONVENIENCIA Y CONTENIDO DE LA NUEVA NORMATIVA SUCESORIA.**

La conveniencia es obvia, por lo que nada se va a decir sobre el particular, remitiendo a lo indicado en el preámbulo y siendo de destacar que también la legislación de la Unión Europea ha incidido en la necesidad de establecer una normativa proteccionista para las personas con discapacidad (Directivas 2000/43 y 2000/78).

En cuanto al posible contenido se pasan a exponer separadamente las diferentes cuestiones que se plantean.

#### **1.- El establecimiento de una sustitución fideicomisaria sobre la legítima.**

La redacción dada a los preceptos correspondientes del Código civil por la ley 41/2003 es de aplaudir, de entrada, en cuanto que circunscribe la posibilidad de establecimiento de la sustitución al caso de existencia de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, a diferencia de lo que se dice en otros preceptos, cuales son los relativos al derecho de habitación, en que los beneficiarios del precepto son las personas con discapacidad relacionadas en el art. 2 de la ley (minusvalía psíquica igual o superior al 33% o minusvalía física o sensorial superior al 65%).

En cambio el texto legal podría dejar la duda –dada la rotundidad con que se expresa– de si el establecimiento de la sustitución sobre la legítima en beneficio del incapacitado excluye el derecho de éste a la percepción en propiedad de lo que por legítima le corresponde. Duda que no puede resolverse apostando por una exclusión legitimaria del incapacitado que no tendría apoyo legal y que iría en contra de sus intereses.

Regulando ex novo esta materia dentro de nuestro Derecho podría establecerse que cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre la legítima, de la que serían fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los restantes legitimarios. Y no estaría de más añadir que queda fuera de esta sustitución fideicomisaria la porción legitimaria que correspondería al propio incapacitado, quien la hará suya de manera inmediata. Aunque realmente tal consideración podría derivarse del propio concepto de legítima, parece preferible exponer la misma en la propia ley, para evitar litigios y conflictos que podrían suscitarse en el futuro.

Parece correcto, por otra parte, referir esta posibilidad excepcional a los

supuestos de incapacitación judicial y no de mera discapacidad, dadas las consecuencias que, para los restantes legitimarios, tiene esta sustitución sobre la legítima a favor del incapacitado. Ya que no puede olvidarse que, dada la mejora de la asistencia sanitaria, es posible que los restantes legitimarios no lleguen a percibir en vida lo que por legítima les corresponde.

Al estarse ante una sustitución fideicomisaria, la pregunta que cabe hacerse es si sería de aplicación a la misma la normativa correspondiente del Libro 1, si se trata de una sucesión deferida en Mallorca o Menorca. No hay que olvidar que es de particular interés la norma del art. 34, según la cual el fiduciario, con autorización judicial y si el testador no lo ha prohibido, puede enajenar y gravar los bienes fideicomitidos e invertir el contravalor en otros de mayor rentabilidad o utilidad en sustitución de los enajenados, con citación de los fideicomisarios o el Ministerio Fiscal. Es indudable que esta norma redundaría en beneficio del incapacitado, por lo que parece conveniente su aplicación a la sustitución fideicomisaria sobre la legítima.

En lo que respecta a las garantías que la sustitución fideicomisaria impone, no parece plantearse el problema de que al fiduciario incapacitado se le impongan unas que puedan tener carácter excesivamente gravoso. Hay que recordar, en este punto, que el art. 30 considera suficiente garantía, en lo que a inmuebles se refiere, la inscripción de la titularidad del fiduciario en el Registro de la Propiedad. Y, asimismo, el precepto considera relevados de las obligaciones impuestas por las garantías a los fiduciarios dispensados por el testador y a los hijos y descendientes del fideicomitente que resulten recíprocamente sustituidos. Consiguientemente tal norma podría ser perfectamente aplicable a la sustitución fideicomisaria especial de que se viene tratando.

Mayores dudas suscita la aplicación del art. 29 en cuanto a la posibilidad de detracción de la cuarta trebeliánica. Particularmente por el hecho de que los restantes legitimarios no van a percibir su legítima hasta el fallecimiento del fiduciario incapacitado, por lo que no acaba de ser equitativo que, al llegar a percibir la legítima –si es que la perciben ellos y no sus herederos– se vea la misma mermada con la cuarta trebeliánica, además de la cuota legitimaria que ya habrá percibido dicho fiduciario. Tal vez sería aconsejable establecer una disposición contraria de la contemplada, en este punto, por el art. 29, señalando que, en esta sustitución fideicomisaria sobre la legítima, el fiduciario no podrá detraer la cuarta trebeliánica, salvo disposición contraria del fideicomitente.

En resumen, podría añadirse al art. 42 Comp., tras la mención de la sustitución fideicomisaria de que se viene tratando, la mención siguiente: esta sustitución fideicomisaria se regirá por lo dispuesto en la Sección 2ª del

capítulo III, pero el fiduciario no podrá detraer la cuarta trebeliánica, de no haberse dispuesto expresamente por el fideicomitente.

En cambio, en el Derecho de Eivissa y Formentera no cabrían estas posibilidades a que nos hemos venido refiriendo, dado que no están contempladas por el Libro III, cuyo art. 78 se limita a establecer que el disponente puede ordenar sustituciones en todos sus bienes o parte de ellos mediante cualquier acto de liberalidad inter vivos o mortis causa, añadiendo que los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias se interpretarán conforme a la tradición jurídica insular. Es un hecho indubitado que la sustitución fideicomisaria se rige en Eivissa y Formentera por el Código civil, que no contempla los aspectos antes relacionados.

Sin embargo, tanto la posible venta –y ulterior inversión– de los bienes fideicomitidos como la norma relativa a las garantías a prestar por el fiduciario son instituciones que humanizan la rigidez de la sustitución fideicomisaria, por lo que sería positivo, en las Islas Pitiusas, la introducción de estas figuras, por el indudable interés que las mismas presentan. En cambio, por las razones antes apuntadas y por la falta de precedentes en Eivissa y Formentera, podría prescindirse de la cuarta trebeliánica.

Dado que la sustitución de que se viene tratando deja sin efecto el principio de intangibilidad de la legítima, debería modificarse el art. 49 de la Compilación, añadiendo un párrafo 2º expresivo de que los legitimarios deberán asimismo respetar la sustitución fideicomisaria impuesta por el testador sobre la legítima en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado.

## **2.- ¿Posibles alternativas?**

Tal vez no sea la atribución de la sustitución fideicomisaria referida la única medida sucesoria posible de protección del discapacitado. Y, al tratar de encarar otras alternativas, la primera que aparece es la de aumentar la participación del hijo descendiente judicialmente incapacitado en la legítima global.

Según ello, el hijo o descendiente judicialmente incapacitado percibiría, además de la porción legitimaria que le corresponda, otra porción derivada del hecho de la incapacitación.

Ello comportaría la modificación del art. 42 introduciendo, tras el primer párrafo, otros dos que podrían ser del siguiente tenor literal.

Si entre los hijos o descendientes hubiera alguno o algunos judicialmente incapacitados, los porcentajes establecidos pasarán a ser de la mitad

o dos terceras partes del haber hereditario, correspondiendo exclusivamente al incapacitado la diferencia entre estos porcentajes previstos para el supuesto de incapacitación y los de normal aplicación.

De ser varios los hijos o descendientes incapacitados, se dividirá entre ellos por partes iguales este exceso legitimario derivado de la incapacitación judicial.

Tal vez la proposición pueda ser clarificada con un ejemplo. Si estamos ante una herencia en la que hay tres hijos –uno de ellos incapacitado judicialmente– y un haber hereditario de 90, la legítima global pasaría en este caso de 30 a 50, y al incapacitado le correspondería, además de 10 por cuota legitimaria, 20 como consecuencia de la incapacitación.

También caben otras posibles alternativas, que pasarían por establecer que el legitimario judicialmente incapacitado tendrá derecho, en concepto de legítima, a una cuota viril doble de la que corresponde a cada legitimario, detrayéndose el exceso de la parte de libre disposición. En el ejemplo anterior, el legitimario incapacitado tendrá derecho a una cuota de 20, que corresponde al doble de la que tiene derecho a percibir cada uno de los legitimarios.

Habiéndose, pues, propuesto dos posibles sistemas –sustitución fideicomisaria sobre la legítima y ampliación de la cuota legitimaria del incapacitado– es obligado tratar de establecer una preferencia entre uno y otro sistema. Pero no es fácil dar una regla general porque la preferencia vendrá determinada por la importancia del caudal relicto. Si éste tiene entidad suficiente, posiblemente sería preferible el incremento legitimario ya que, de esta manera, los restantes legitimarios podrían percibir de manera inmediata lo que por legítima les corresponde, lo cual no aparece tan factible cuando –aparte de nombrarse heredero al incapaz– se establece una sustitución fideicomisaria en su beneficio sobre la legítima, pues ello podría determinar –con la mejora que se ha producido en la asistencia sanitaria– que su condición de fideicomisarios sobre la legítima no les permita llegar a disfrutar en vida de los derechos dimanantes de la misma.

En cambio, cuando el caudal relicto lo integra tan sólo la vivienda del testador es indudablemente preferible el sistema de la sustitución fideicomisaria, ya que, de haberse optado por la otra alternativa, es evidente que los restantes legitimarios podrían exigir la percepción de su



legítima sobre dicha vivienda, obligando a la venta de la misma, en perjuicio del previsible propósito del testador de que la misma fuera para su hijo o descendiente incapacitado.

De todos modos, en la contemplación de los dos sistemas expuestos, cabría posiblemente decidir el dilema en favor de la sustitución fideicomisaria, fundamentalmente por ser en las sucesiones de un caudal relicto de escasa entidad donde se plantea más crudamente el problema del aseguramiento del porvenir del incapacitado, y además, por tener la medida un carácter meramente facultativo, no acudiendo el testador a ella de no considerarla necesaria. A diferencia del carácter impositivo que tendría la legítima derivada de la incapacitación.

Y expuesta la más importante de las medidas sucesorias referidas en la ley 41/2003, pasa a hacerse una sucinta referencia a las demás.

### **3.- Las otras medidas sucesorias introducidas por la ley 41/2003.**

Ya antes se ha dicho que la causa de indignidad para suceder recogida en la referida ley podría ser atendible en nuestro Derecho, siempre que el legislador balear no se haya pronunciado sobre el particular, estableciendo una relación de causas de indignidad entre las que no figure la derivada de no haberse prestado al discapacitado las atenciones debidas. También sería admisible la no sujeción a colación de los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de los hijos o descendientes con discapacidad.

El art. 831 sanciona la posibilidad de conferirse al cónyuge, por vía testamentaria, facultades para establecer mejoras a favor de los hijos o descendientes comunes, incluso con cargo al tercio de libre disposición. Es evidente que la facultad de mejorar establecida por el precepto es una institución extraña a nuestro Derecho y, en consecuencia, no aplicable. A lo cual podría añadirse que, entre nosotros, el régimen de fiducia sucesoria tiene normas propias tanto en el libro I como en el libro III, que vedan cualquier intromisión extraña.

Entonces la única cuestión que nos queda por examinar es la derivada del art. 822.

Este precepto dice en su párrafo 1º que la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Como antes se ha dicho, el precepto no es aplicable en el Derecho de Mallorca y Menorca, al tenerse las propias reglas sobre cálculo, computación e imputación legitimaria. Por lo que respecta al Derecho de Eivissa y Formentera hay que entender, asimismo, que no rige la norma reformadora, al ir en contra de la manera como se han calculado las legítimas tradicionalmente en aquellas islas, no pudiéndose entender que las remisiones al Código civil tengan otro carácter que no sea el puramente estático.

De entrada, no se presenta tampoco como absolutamente necesario introducir en nuestro Derecho una norma similar. Si el descendiente está incapacitado judicialmente, la sustitución fideicomisaria sobre la legítima –aparte de un posible nombramiento como heredero– le protege suficientemente, ya que no tendría sentido establecer un derecho de habitación, cuando el descendiente incapacitado puede estar ya en posesión de toda la herencia. Y si se trata de una mera discapacidad, no parece tener entidad suficiente para trastocar el modo en que tradicionalmente se vienen realizando las operaciones de determinación y pago de la legítima.

El párrafo 2º del art. 822 que se comenta nos dice que el derecho de habitación sobre la vivienda habitual, reseñado en el párrafo 1º, se atribuirá, por ministerio de la ley, al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. Se está, por tanto, ante un legado legal, si bien salvando la voluntad contraria del testador, y precisando, para la exigibilidad del mismo, que el discapacitado lo necesite.

No parece que el precepto pueda regir en nuestro Derecho sucesorio. En Mallorca y Menorca la Compilación regula los legados, estableciendo, como peculiaridad foral, la posibilidad de detracción de la cuarta falcidia, con lo cual se evidencia que la materia de los legados forma parte de nuestro Derecho civil propio, con competencia exclusiva del Parlament balear para regularla. Y de ello se deduce que la falta de previsión en la Compilación de cualquier legado legal del derecho de habitación imposibilita la admisión de un precepto de una ley general del Estado introductorio del mismo. En Eivissa y Formentera hay que entender que tampoco rige el precepto, al tener la remisión del art. 70 al Código civil, en materia de sucesión testada, carácter estático, según la disposición final 2ª.

¿Puede considerarse conveniente introducir en nuestro Derecho normas similares a las contempladas?

Nótese, de entrada, que los beneficiarios de estos derechos no son ya

los incapacitados judicialmente sino las personas con discapacidad, según el concepto acuñado por el art. 2 de la ley 41/2003, lo cual ensancha considerablemente el ámbito de aplicación del precepto. Y es que la medida difícilmente puede tener interés en caso de un descendiente incapacitado judicialmente, quien se beneficia de la sustitución fideicomisaria establecida sobre la legítima –en caso de así disponerse por el testador–, en cuyo supuesto, ello y su previsible nombramiento como heredero, le atribuye de hecho la posesión de la herencia. En cambio, la medida puede tener interés para un discapacitado no incapacitado judicialmente, ya que en este caso no se puede establecer la sustitución sobre la legítima.

La conveniencia de introducir este legado legal en nuestro Derecho no se presenta del todo clara. Lo cierto es que, prevaleciendo en la sucesión la voluntad del testador, y pensando de entrada que los padres habrán dispuesto en el testamento lo preciso para asegurar el porvenir de los hijos o descendientes discapacitados, no se ve con especial simpatía la previsión de legados legales; que, además, en la regulación dada por la ley 41/2003, pueden resultar conflictivos, particularmente por la referencia que por dos veces se hace al concepto de “necesidad”, el cual no deja de resultar ambiguo.



## **VIII.- NECROLÓGICAS DE ACADÉMICOS FALLECIDOS**

El art. 8 de los estatutos de la Corporación establece que, en caso de producirse la vacante por defunción de un Académico de número, debe celebrarse una sesión académica necrológica, en recuerdo y homenaje del fallecido.

En la Academia siempre se ha dado total acatamiento al precepto, habiéndose organizado, en su momento, las correspondientes sesiones necrológicas en recuerdo de los Académicos fallecidos, que son los siguientes: el fundador y primer Presidente Miguel Coll, los Registradores Joan Vidal y Francisco Téllez, el Magistrado Francisco Noguera y los Abogados Andrés Rullán, Antonio Puerto y Juan Blascos.

En los sucesivos boletines de la Academia se han publicado algunos de los discursos pronunciados en las sesiones necrológicas celebradas en su homenaje; pero, no habiéndose publicado otros, se ha creído oportuno recoger en este Boletín estos discursos –verdaderas piezas oratorias– a fin de que queden para la posteridad y sirvan de cariñoso recuerdo a estos compañeros Académicos que no están ya aquí entre nosotros.

### **1.- SESION NECROLÓGICA EN RECUERDO DE MIGUEL COLL CARRERAS.**

Se celebró el 6 de Noviembre de 2008 e intervinieron los Académicos José Zaforteza Calvet y Tomás Mir de la Fuente.

#### **PARLAMENTO DE JOSÉ ZAFORTEZA CALVET.**

Excelentísimos e Ilustrísimos señores, Dignísimas Autoridades, Señoras y Señores:

Al trasladarse, en un coche de su propiedad, desde el Campamento General Asensio a su domicilio particular, un cabo del Ejército, circulando por delante del Hospital de Son Dureta, atropelló y causó la muerte a una enfermera que había descendido del autobús y se dirigía a su trabajo.

El Juzgado militar tramitó las diligencias sumariales con la modélica

celeridad que les imprimió un capitán jurídico. El juicio quedó señalado para celebrarse un sábado a las 9 de la mañana, en el campamento ya citado.

Poco antes de esa hora, Don Miguel Coll Carreras descendía de un Seat de su propiedad y, bajo el brazo, su toga enriquecida con puñetas.

La sorpresa de quien ahora se dirige a Vds., señoras y señores, fué mayúscula, pues había intuido que a la labor acusadora se opondría, en calidad de defensor, un miembro del Cuerpo Jurídico Militar; pero, como queda dicho, la exculpación de un dignísimo, pero modesto en el escalafón, servidor del Estado –un cabo del Ejército– iba a correr a cargo del Ilmo. Sr. Jefe de la Abogacía del Estado en Baleares.

Cuarenta años después –concretamente el 12 de Mayo de 2.007–, bajo el pretexto –he dicho el pretexto– de dilucidar si una carta escrita cuatro años atrás, por un Abogado ejerciente, ciudadano de 92 años, era o no merecedora de investigación penal, Don Miguel Coll Carreras fue citado para prestar declaración no por un Magistrado, un Juez de Instrucción o un Fiscal –que, de existir motivo, habría sido lo procedente– sino ante un Cabo de la Guardia Civil.

Similitud de intervinientes: El Abogado del Estado Jefe defendiendo a un cabo del Ejército. Un cabo de la Guardia Civil interrogando a un Abogado, quien al iniciar su declaración –leo entre comillas– “expresó su deseo de ejercer su propia asistencia letrada, en su calidad de Colegiado nº 121 del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares”.

Don Miguel Coll Carreras, en un trance tan difícil de su larga vida –ha cumplido ya 92 años– patentiza su condición de Letrado y al hacerlo no olvida el número que le correspondió al causar alta –¡63 años antes!– en el Colegio.

Al redactar la diligencia, el Cabo de la Guardia Civil hace constar que “En el transcurso de dicha diligencia donde destacó su actitud de plena colaboración con la fuerza actuante y demostró una agilidad y claridad mental excelente para una persona de tan avanzada edad”, etc. etc.

El 24 de Septiembre siguiente, el Juzgado de Instrucción nº 12, de esta ciudad, dictaba Auto de sobreseimiento en las Diligencias Previas, en las que estuvo asistido por el Letrado, y miembro correspondiente de la Academia, Don Rafael Perera, quien, muy amablemente, me facilitó los últimos datos que acabo de exponer.

Queda indicado que Don Miguel Coll Carreras se incorporó al Colegio, desde cuya sede me dirijo a Vds., bajo el nº 121 y en fecha 28 de Enero de

1.944. Por fallecimiento, causó baja el 28 de Junio del año en curso.

Su labor como Letrado ejerciente va a constituir el centro de mi intervención, aunque, debo decirlo, entiendo que no es posible una total desvinculación con su condición de Abogado del Estado Jefe, porque no era escaso el número de Letrados, entonces jóvenes, que en los años 1.960 e inmediatos opinaban, en ámbitos colegiales y extracolegiales, que la circunstancia de ostentar dicha Jefatura no era extraña a los éxitos que el compañero obtenía ante los Tribunales de Justicia. No tenían razón quienes así se manifestaban.

En el altozano que domina ambos lados de una de las suaves curvas de la carretera que conduce de Deyá a Sóller, el Sr. X, un súbdito alemán cuyo apellido evidentemente no hace al caso, adquirió en 1.930 un solar en el que construyó la casa, rodeada, por cierto, por un bellissimo jardín.

En 1.939, año azaroso en toda Europa, antes de marchar hacia Alemania, el Sr. X otorgó un testamento ológrafo en el que designaba herederos a su hijo Nicolás y a la “leal”, (así dice el escrito), “señorita X” (aquí el apellido), perfectamente identificados ambos con su número de pasaporte.

Hasta muchos años después de que finalizara la segunda guerra europea no se tuvo constancia documental de que el otorgante del citado testamento había fallecido en Berlín el año 1.945.

Dado que ya habían transcurrido con mucho exceso los 5 años durante los cuales pueden validarse los testamentos ológrafos, el hijo del testador y la por éste calificada de “leal señorita”, decidieron ser actores en un juicio declarativo, fundado en la prescripción adquisitiva, y en súplica de que –leo textualmente– “previa citación de las personas que pudieran ostentar algún derecho sobre los bienes del fallecido, se les declare titulares de los inmuebles reseñados”.

Nadie se personó en el pleito, no obstante lo cual la demanda fue desestimada. La Sala de lo Civil ratificó el criterio del Juzgado de Instancia porque –leo textualmente– “se debía haber citado expresamente a la Abogacía del Estado, pues el Estado es el llamado a heredar en último término y a falta de otras personas con derecho a sucesión legal”. Parece oportuno recordar que uno de los actores era hijo legítimo del titular registral de los bienes.

Se formuló nueva demanda, no se personó la Abogacía del Estado, y los actores vieron reconocidos sus derechos dominicales.

En aquella época –me refiero concretamente al año 1.962– la legislación

y la jurisprudencia del Tribunal Supremo hipertrofiaban la protección al Estado y a todas las Administraciones Públicas. En el año 1.978 trabé amistad con un Magistrado, que había presidido una Sala de lo Contencioso, y me comentó los disgustos que le proporcionó haber sido el Ponente de la primera sentencia que acogió la pretensión de un particular frente a la Diputación de Zaragoza con motivo de una expropiación de terrenos para la instalación de líneas eléctricas.

En Mallorca, las continuas expropiaciones de franja de terreno en fincas rústicas —cuyas parcelas quedaban divididas— ocasionó en 1.965 inmensos problemas exacerbados por las ínfimas cantidades en que se fijaba el precio de los terrenos que sucesiva e ininterrumpidamente se expropiaban, lo que llevó a varios Letrados a impugnar docenas de tasaciones a las que la Administración asignaba unos precios realmente irrisorios.

La causa era sólo una: las disposiciones que regulaban la tasación que la Administración fijaba a los bienes expropiados por causa de utilidad pública. Pero algunos letrados jóvenes se rebelaban y criticaban “en es misser de s’estat” y lo que era mucho peor, musitaban una y otra vez “don Miquel té bó”.

Las voces se reiteraron tanto que llegaron a la Junta de Gobierno del Colegio, presidida entonces por aquel gran Decano que fue Don Andrés Rullán, quien nunca dio pábulo a aquellas necedades. Tampoco se lo daban los veteranos “de reconocido prestigio”, tales como Don José Quiñones, Don José Ramis de Ayreflor, Don Félix Pons, Don Luis Matas, Don Gabriel Subias, Don Luis Ramallo, Don Antonio Puerto y otros cuyas respuestas ante las quejas de los abogados noveles fueron totalmente coincidentes y susceptibles de recogerse en una locución mallorquina con que alguno de ellos resumió su punto de vista: “Aixó son bubotes”.

Me telefoneó un compañero de Manacor, muy buen amigo, además, para comentarme que estaba reunido con unos clientes que acababan de perder en primera instancia el juicio en el que instaba la declaración de nulidad de una escritura pública. El colega proponía, y así se convino, que me hiciera cargo de la apelación ante la Audiencia.

Poco después, al recibir el señalamiento para la vista, lo notifiqué al primer Letrado del asunto, quien me habló de la recientísima aparición de una obra del Catedrático de Derecho Civil Federico de Castro, en la que se hacía un profundo estudio de la nulidad contractual.

La discrepancia con la sentencia de instancia quedó fundamentada en los conceptos vertidos en la obra de aquel maestro de civilistas, aunque sin citarlo expresamente.



El Letrado apelante pensaba que había logrado convencer a la Sala, cuando el Abogado Don Miguel Coll, que defendía a una Sociedad Anónima, inició su intervención diciendo, más o menos, lo siguiente: “El letrado apelante no ha puesto de manifiesto que para que prospere la acción de nulidad relativa a un instrumento público, el profesor de Castro también señala como exigencia que concurra ...”.

Además de fundamentar con rigor jurídico sus informes ante los Tribunales, el Abogado Don Miguel Coll los enriquecía con un certerísimo vocabulario y con la elocuencia en el foro a la que sólo se puede llegar si previamente se dominan las ciencias y saberes jurídicos.

La llamada “Ley de Contrabando y Defraudación” sancionaba la salida de España de bienes de interés cultural si no se cumplían determinados requisitos –lo que se explica fácilmente– pero una lamentable peculiaridad de la Ley radicaba en que el denunciante participaba en un altísimo porcentaje en el importe de la multa que podía recaer.

En el año 1.962 la Galería Estatal de Stuttgart adquirió, por un precio elevadísimo, el cuadro conocido como “autorretrato de Rembrandt”.

Según algunos investigadores, el cuadro procedía de Mallorca. La revista “París-Match” y los periódicos “ABC” y “La Vanguardia” se hicieron eco de las informaciones, y en estos textos se apoyaba el “soplón” en persecución de un buen pellizco de la sanción pecuniaria que podía recaer.

Al día siguiente de haberse celebrado la vista, la Delegación de Hacienda notificaba ya la resolución. Así se lee en las primeras líneas de su fundamentación jurídica: “Considerando que los hechos que se declaran probados acusan la existencia de dos lienzos de valor distinto, pertenecientes a grupos familiares diversos y que han seguido trayectorias dispares”.

“Distintos”, “diversos”, “dispares”. En dos líneas y media al sujeto de la frase se le dedican tres adjetivos cuya similitud no escapa a nadie.

Así, pues, profundísimo conocimiento del Derecho en cualquiera de sus ramas, civil, mercantil, penal o administrativo. Precisión, riqueza de lenguaje, elocuencia forense y una memoria prodigiosa como destaca el cabo de la Guardia Civil al interrogarle cuando Don Miguel Coll tiene ya 92 años.

Estos y no otros fueron los fundamentos, las auténticas bases de los éxitos alcanzados por el jurista Don Miguel Coll, lo mismo en su vertiente de Abogado a favor de quienes acudieron a su despacho que de defensor del Estado.

Su despacho de Letrado intervenía, por razones obvias atendida su procedencia menorquina, en casi todas las apelaciones provenientes del

Juzgado de Primera Instancia de Mahón, así como en la defensa jurídica del Banco Exterior y de Gesa, de cuyo Consejo de Administración era Secretario. Además era asesor de importantes empresarios hoteleros y de un sin fin de ciudadanos aquejados por problemas jurídicos. A raíz de que unas fincas cercanas a Palma fuesen declarada A.N.E.I. hice de portavoz de los afectados que le designaron Letrado y en su despacho le oí los más atinados comentarios acerca de lo disparatado que suponía dejar el urbanismo en manos de personas absolutamente impreparadas para la labor. La realidad ha superado sus negras previsiones.

Pero, más que a su clientela debemos referirnos de nuevo a él, y he de apresurarme a decir que Don Miguel Coll impregnaba a su condición de Letrado ejerciente una modélica honestidad y un acendrado compañerismo.

A raíz del fallecimiento del ex-Decano del Colegio de Abogados Don Félix Pons y Marqués, ante la imposibilidad de promover el homenaje público que el ilustre jurista merecía –todavía resonaban en nuestros oídos los silbidos con que, las Autoridades, antes de lo previsto, hicieron que finalizara un acto organizado con motivo de la apertura de Tribunales– ante esta imposibilidad, decía, un grupo de amigos y admiradores del eximio jurista fallecido decidimos publicar una serie de artículos, la mayoría de los cuales, un total de 17, se recogieron en las páginas centrales del “Diario de Mallorca” del Domingo 1 de Marzo de 1.970.

Permítanme, señoras y señores, la lectura de unos párrafos: “fuera de lo científico, de lo estrictamente profesional, existen otros valores de obligada inclusión en el cuadro, cuales son la digna austeridad, la ejemplar conducta, el acendrado compañerismo y la exquisita serenidad que caracterizaron la vida y la obra de Félix Pons quien, como el hombre ideal del verso de Kipling, “supo conservar la calma cuando todos la cabeza perdieron, ser sabio al frecuentar al vulgo y sensato al tratar a reyes, y afrontar fracaso y triunfo presentando un mismo rostro”. Firmó este artículo Miguel Coll Carreras, haciendo constar expresamente su condición de Abogado del Estado, Jefe.

En el mes de marzo de 1.970 nadie podía pensar que la enseñanza de Rudyard Kipling también sería aplicable a Don Miguel Coll Carreras, quien, a raíz de la gran difamación de que fue víctima, decidió “conservar la calma” y “presentar un mismo rostro” ante quienes –al igual que antes Don Félix Pons y Marqués– le habían sometido a un inmisericorde escaner para tratar de esclarecer la actuación profesional de un Letrado con 92 años a sus espaldas y 63 de honestísimo ejercicio de la Abogacía.

Pero, no sólo “conservó la calma” y “presentó un mismo rostro” sino que, además, sí, además, gratificó a todos con un generoso, amplio y cristiano perdón, prueba fehaciente de la gran talla humana del Excmo. Sr. Don

Miguel Coll Carreras, Letrado Colegiado bajo el nº 121 del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares.

Por ello, Vd. Doña Francisca, su estimadísima hermana, y vosotros Pedro, Santiago, Miguel y Magdalena, sus queridos hijos, unidos al recuerdo de vuestra queridísima madre, debéis sentirnos honradísimos de quien fue Don Miguel Coll Carreras, que ya descansa en la paz que Dios concede a quienes le han amado.

“Homo locum ornat” adoctrinaron los creadores del Derecho Romano. “El hombre honra el lugar” y Don Miguel Coll ha honrado sobremanera el lugar donde vivió; y –en este aspecto debo hacer hincapié– honró sobremanera al Colegio de Abogados en el que permaneció de alta desde el 28 de Enero de 1.944 hasta el día de su fallecimiento ocurrido 64 años después, concretamente el 9 de Junio último.

Ahora el Colegio de Baleares debe enaltecer la memoria del Colegiado que, aparte de sus dotes personales, ha sido, de toda la historia de la Corporación, el Letrado que durante más años ha permanecido de alta, por lo que el Colegio, como queda dicho, ha de honrar la memoria del Abogado Don Miguel Coll Carreras.

¿Cómo?. Promoviendo su proclamación como Hijo Ilustre de la Ciudad de Palma.

#### OTROSI DIGO.

Llegado este momento, debo aclarar a quienes no están familiarizados con el lenguaje que asiduamente se utiliza en los escritos dirigidos por Letrados al Juzgado o Tribunales de Justicia, que la locución “otrosí digo” equivale a “Además digo”, en el bien entendido de que en el “otrosí” se formulan peticiones que a veces son fundamentales para el éxito de la demanda antes transcrita.

Pues bien, una vez aclarado su significado:

Otrosí digo: Años atrás intentamos honrar al ex –Decano de este Colegio Don Félix Pons y Marqués, al que dos Magistrados mallorquines con destino en la Audiencia Territorial, un ex –Decano del Colegio de Abogados, el Abogado del Estado Jefe, el Presidente de la Real Academia de Medicina y Cirugía, el miembro de la Real Academia Don Camilo José Cela, el Decano del Colegio de Procuradores y varios Abogados –dos de ellos ocuparon, años después, el Decanato– dedicamos, en las páginas del “Diario de Mallorca” el único homenaje que entonces nos fue permitido. Ya sólo uno de los diecisiete puede recordar aquella fallida empresa de honrar a quien había sido un eximio Decano con el nombramiento como “Hijo Ilustre de Palma”.

Alguna de nuestras miserias colectivas ha perdido ya virulencia. Y a los Abogados a que me refiero nadie –digo nadie– se opondrá ahora a que los recordemos como arquetipo de juristas isleños, cuya memoria ha de ser enaltecida y perpetuada.

Cierto es que, a pesar de la notable mejoría en las relaciones entre quienes patentizan sus ideologías mediatizando sus resoluciones, debemos recordar que fue en Mallorca en donde Julio Andreotti nos recordó que aún “manca finezza”.

Preséntense, pues, de consuno, las candidaturas de Don Félix Pons Marqués y la de Don Miguel Coll Carreras para ser incorporados a la categoría de Hijos Ilustres de Palma. Es obvio que la proposición que formule nuestro Colegio de Abogados a invitación de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares para que los dos ilustres colegiados sean elevados a la dignidad de Hijos Ilustres de Palma, se verá coronada por el éxito.

No olvidemos que la Ciudad de Palma, en el preciso lugar en donde, siglos atrás, finalizaba su curso “Sa Riera” para desembocar en el “Mare Nostrum”, levantó el monumento a Ramón Llull, el más ilustre de los mallorquines. Al pie del mismo pueden leerse varias máximas del jurista Llull, tal y como cuidó de que así fuera el Magistrado de la Audiencia de Palma e insigne lulista –creador del Estudio General Luliano– Don Gerardo M. Thomás. Pues bien, me permito afirmar que quienes razonen y apoyen la petición de honrar a los dos juristas que han de ser nombrados Hijos Ilustres de Palma, con su proceder darán cumplimiento a la máxima de Ramón Llull que figura al pie de su monumento:

“Justicia procurat pacem”.

El “otrosí” de mi escrito ha finalizado y con él mi intervención, no sin antes decir, Dignísimas Autoridades, Señoras y señores, gracias, muchas gracias por su atención”.

### **PARLAMENTO DE TOMAS MIR DE LA FUENTE.**

A los miembros de la Academia Francesa se les llamó los Inmortales. Sin duda porque su fama les había de sobrevivir.

Miguel Coll Carreras, para los miembros de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares (que por su longevidad ya le creíamos eterno) es un inmortal.

Por lo menos, en el recuerdo. Antes que él lo han sido otros, tan antiguos como él en la Corporación pero fallecidos antes y con menos años a su

espalda, como Francisco Noguera, Francisco Téllez, Antonio Puerto, (cuyas oraciones necrológicas pronunció Miguel Coll, siendo Presidente de la Academia), Joan Vidal y Andrés Rullán.

A pesar de ello, en línea con la tradición, el Presidente de la Academia nos ha convocado a una sesión necrológica pública en su homenaje y recuerdo. Con la que se interrumpe, inmediatamente después de la muerte, el indeterminado plazo de prescripción del olvido. Que no vencerá, al menos, mientras vivamos los académicos, que le tuvimos de primer Presidente, y lo hagan cuantos le trataron en alguna de las facetas de su vida personal y profesional.

Una de las dimensiones de su condición de jurista, la de Abogado del Estado, es la que voy a glosar sobre todas las demás, con algún conocimiento de causa (el que da haber servido a sus órdenes 14 años). Aunque sea repitiendo lo que tuve ocasión de escribir, y aún decir en esta misma tribuna, en la Presentación del Libro, con el que el Colegio de Abogados y la Comunidad Autónoma quisieron celebrar sus 90 años de vida, en pleno ejercicio de la abogacía y presidiendo el Consejo Consultivo de las Illes Balears (superior órgano de consulta de la Comunidad Autónoma, integrado exclusivamente por juristas de reconocido prestigio, según el Estatuto de Autonomía, encargado de velar por la relevancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico).

El Miguel Coll jurista fue, primero y sobre todo, Abogado del Estado.

Incluso después de su jubilación, con la que dejó de ser funcionario público (como ya era, antes de ser Abogado del Estado, cuando en 1933 ingresó a los 18 años en el Cuerpo Administrativo del Ministerio de la Gobernación con el n° 1). Y por tal se tuvo siempre, hasta su muerte. Quedando así reflejado en la sobria esquelera mortuoria de su familia, que apareció en los periódicos (junto con los otros en que dieron la noticia de su fallecimiento, el Govern Balear, el Parlament, el Consell Consultiu y la propia Academia) donde solo se aludió a esta condición profesional.

Sirvió siempre en Baleares, en la Abogacía del Estado y Tribunales de esta Provincia, desde su ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado, en 1942. Siendo Abogado del Estado Jefe 31 años, desde 1954 hasta el 1 de enero de 1985 en que se jubiló, antes de cumplir 70 años, bajo la vigencia de la Ley 30/84 de 2 de agosto de medidas para la reforma de la función pública que estableció la jubilación a los 65 años de edad, y un régimen transitorio según el que lo harían en tal fecha los que tuvieran cumplidos 68. Aunque lo hizo como Letrado del Estado Jefe, pues esta Ley creó el Cuerpo Superior de Letrados del Estado, en el que se integraron los Abogados del Estado, que no recuperaron su nombre hasta la Ley 23/1988 de 28 de julio.

En los 43 años de servicio activo desarrolló las funciones que las disponibilidades de la plantilla y necesidades determinaron, en el marco de la legislación vigente en cada momento.

– En un primer momento, de gestión tributaria del Impuesto de Derechos Reales y sobre Transmisión de Bienes y como Secretario y Vocal Ponente del Tribunal Económico-Administrativo Provincial. Más tarde en todos los ámbitos del asesoramiento de la Delegación de Hacienda (de la que la Abogacía del Estado era una Dependencia), destacando por cuasi judicial la intervención en el Tribunal de Contrabando. Y después, de representación y defensa del Estado en juicio, que, a lo largo del tiempo, y antes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 27 de diciembre de 1956, en este orden, se realizaba en los Tribunales Provinciales como Fiscal, y se extendía a la Administración Local (como siguió haciendo después, siempre con la posibilidad de abstenerse si el acto no se le apareciera como defendible legalmente).

Recuerdo los comentarios elogiosos, que confirmó mi experiencia gestora del Impuesto sobre Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, sobre el Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, que le sobrevivió (aplicándose hasta que, sustituido por los Impuestos de Sucesiones y Donaciones y de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se aprobó como propio de éste) y cuya sensibilidad jurídica le llevó a regular el tratamiento fiscal de las instituciones del Derecho Foral mas conocidas, adelantándose al estudio de las propias del Derecho Civil Especial de Baleares, después de la Compilación, o a definir el contrato de suministro y distinguir la dación en pago de asunción de deudas. Alguien habló, por esto, de la función bautismal del Derecho Tributario para negocios atípicos e innominados.

También recuerdo su defensa del principio tradicional de la separación de las funciones de liquidación y resolución de las reclamaciones en materia tributaria, incluida la local, por exigencias de justicia y evitación de pleitos. Y de la conveniencia de la potenciación, en todos los ámbitos de la Administración, de la revisión por órganos especializados, de los recursos en vía administrativa, como el de alzada y aún el de reposición previo al contencioso-administrativo.

– También merecen evocación sus actuaciones en el Pleno del Tribunal de Contrabando, asumiendo el peso del interrogatorio y prueba de los hechos denunciados en las actas de aprehensión de géneros estancados o de lícito comercio y sus elementos de transporte, buques incluidos, y motivando cabalmente las resoluciones, para mejor defensa ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en su caso. Fruto de una larga experiencia y

gran número de infracciones de esta clase, en tiempos de escasez.

Su experiencia de gestión tributaria en el Impuesto que gravaba las sucesiones mortis causa le llevó a Miguel Coll (como a mí mismo) a aficionarse por el Derecho Foral (así se le llamaba entonces, porque así lo hacía el artículo 12 del Código Civil), en un tiempo en que no había la Compilación de 1961 del Derecho Civil Especial de Baleares, y la regulación de definición o el heredero distribuidor por ejemplo había que buscarla en otros muchos sitios. Lo que le hizo un precoz conocedor de la obra de Luis Pascual González (con el que intervino, como orador, en el ciclo de las conferencias, que el 18 de abril de 1972 –al cumplirse 10 años de la promulgación de la Compilación, en que debía producirse su revisión– organizó el Colegio de Abogados, disertando sobre “La sucesión contractual en Baleares”). Tanto de su Derecho Civil de Mallorca, como de “La definición. Institución de Derecho Sucesorio contractual”. Todo ello para liquidar con criterio el Impuesto de Derechos Reales, a la vista de las escrituras presentadas, que contenían definiciones, donaciones universales y los heredamientos ibicencos, y por ende transmisiones de bienes sujetos.

Yendo, en su gestión, mas allá de las previsiones del Reglamento de 1959 (que contempló sólo instituciones del Derecho Foral, no compiladas aún, del Fuero de Vizcaya, como el poder testatorio, o del Derecho Foral vigente en Cataluña, como el fideicomiso, si sine liberis decesserit, o la fiducia aragonesa, sometiendo las demás al régimen general) en el espíritu de las instituciones baleares, y sus efectos traslativos.

Porque, aunque parezca mentira hoy, en el nacimiento del Derecho Tributario, como rama autónoma, el principal debate se planteó respeto del Derecho Civil. Siendo clásica la discusión entre Louis Trotabas y François Geny al respecto, y de interés para los autores, como Juan Ramallo, en su estudio “Derecho Fiscal frente a Derecho Civil: discusión en torno a la naturaleza del Derecho Fiscal entre L. Trotabas y F. Geny”, o César Albiñana en el estudio preliminar a los Ensayos sobre Jurisprudencia Tributaria de M.A. Llamas.

Y en los impuestos (hoy día cada vez menos) cuyos hechos impositivos son hechos, actos o negocios jurídicos, un buen conocimiento de éstos es presupuesto necesario de su correcta gestión. Y ésta es la mejor escuela para un jurista.

Se interesó por ello, sobre todo por la gestión liquidatoria que supone calificación. Mas que por la recaudatoria, que depende de la comprobación de valores, cuyas previsiones, obsesionaban al Delegado de Hacienda, sobre todo en relación al mes del año anterior a la liquidación y pago del Impuesto por los herederos del titular. Con ocasión del aniversario de la

liquidación de la sucesión del titular de un gran patrimonio, le dijo a uno, que no era jurista (ante la previsión de un resultado menor que en el ejercicio anterior, que le podía arruinar la estadística) que de la muerte, de la que resulta la sucesión, es cierto el *an* pero no el *quando*, lo que le dejó perplejo, y se lo hubo de explicar otro día de otra manera. Además de las normas sobre competencia de las Abogacías del Estado y las Oficinas Liquidadoras de Partido o Distrito Hipotecario.

– Para resumir lo realizado ante los Juzgados y Tribunales de todas las jurisdicciones, defendiendo al Estado, diré que hizo lo que procedía (lo que toca decía) y ello era lo que disponía la Ley (en bien de interés general). Con éxito, por su rigor técnico y artesanal, en asuntos importantes o numerosos. Con dedicación y estudio, accionando y excepcionando, de acuerdo con los criterios de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y las instrucciones y reglamentos para su actuación, en aras a la unidad de doctrina.

Legislación que, a lo largo de su ejercicio profesional, reflejó la evolución de la sociedad y del Estado. Que siendo el mismo ha acabado no siendo lo mismo. Y que fue de la centralización, el intervencionismo y la autarquía de la postguerra a la situación actual (de Estado compuesto, libertad de empresa, y economía de mercado, frutos de la Constitución y la integración europea de 1978). Y vió el nacimiento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la adscripción del Cuerpo al Ministro de Justicia, la cesión de los tributos de hecho imponible jurídico a las Comunidades Autónomas, y la multiplicación de personificaciones públicas o sociedades estatales, en huida del Derecho Administrativo, con la dispersión orgánica del sector público.

Hechos que han afectado sensiblemente las funciones del Abogado del Estado. Sin reducir su trabajo, que ha aumentado. Como la litigiosidad. En progresión geométrica, en menos materias y ámbitos distintos, como el Derecho Laboral, y (por el delito fiscal, primero, y la defensa de autoridades y funcionarios y las catástrofes medio ambientales y los delitos violentos y contra la libertad sexual o la violencia de género) el Derecho Penal, o incluso el Derecho de Familia (por causa de la sustracción de menores o los alimentos en el extranjero). Cuando Miguel Coll se jubiló se iniciaban unos 100 asuntos al año. Hoy más de 1.000. Sobre todo por los procesos en masa, en lo contencioso-administrativo, en materia de extranjería, por ejemplo, donde, con los 3 Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, y el procedimiento abreviado inspirado en los principios de concentración y oralidad, el Abogado del Estado, se pasa mañanas enteras con la toga puesta.



El cumplimiento del deber profesional establecido en la norma jurídica o deontológica, hasta donde su capacidad alcanzaba, fue el lema de su vida. Con la que (como se dice, en el pedestal de la estatua de bronce de Benlliure en la plaza del Mercat, dedicado a D. Antonio Maura, que igualó con su vida el pensamiento) Miguel Coll hizo realidad el ideal del Abogado del Estado, de su época. Que fue el Abogado del Estado, en el Cuerpo Especial de Abogados del Estado adscrito al Ministerio de Hacienda. Siendo el modelo a seguir de los que, después de él, hemos servido este destino, bajo su dirección. Y de los que le hemos sobrevivido Y han sido además de mí, Luis Arguello, Alfredo Lafita, Santiago Rodríguez Miranda, Francisco Medina y Pedro Aguiló.

Decir que hizo lo que procedía, cumpliendo las normas por las que se rige la defensa del Estado en juicio, es mucho, pero no lo es todo. Porque no basta para tener éxito, sino que además hay que hacerlo bien, según la *lex artis*. Y así fue como lo hizo Miguel Coll. Según es fama común. Fama que nemine discrepante le situó en la cima del Olimpo profesional e hizo de él uno de los juristas más importantes del siglo XX y parte del XXI en las Islas Baleares.

Puedo decir que lo hizo así, porque yo tuve que terminar los asuntos que dejó pendientes al jubilarse, y al tener que hacerlo pude juzgarlo, aprendiendo, con solo hacerlo, lo que no se aprende en los libros, y necesitaba aprender para acabarlos con dignidad, y comenzar los asuntos nuevos con la responsabilidad de estar a su altura. Que pude medir, cuando, en su ulterior actividad de abogado, tuve que contestar, en alguna ocasión, demandas suyas. Lo que no pude hacer, sin parar el ritmo que impone el trabajo diario de la Abogacía del Estado (que se parece al de un ajedrecista, jugando partidas simultáneas), apartar el asunto y dedicarle el sábado y el domingo.

– Por decir algo de la función consultiva, sobre la que también el tiempo incidió (en el sentido de que los informes preceptivos no han aumentado respecto de los que reflejaban el origen hacendístico del Cuerpo y los facultativos han tendido a la centralización, merced a las facilidades de comunicación con el órgano jerárquicamente superior cuya sintonía desea el periférico), recordaré lo que dije en su día, y es que los dictámenes de Miguel Coll, aparte de los más importantes y mejores que he leído, por ceñidos a la cuestión consultada, son el libro que no escribió y la expresión mas completa y libre de su personalidad en cuanto no sujetos a condicionamientos y limitaciones, y, por adornados de las notas de ponderación y ecuanimidad que de ellos se debía esperar, alejados de un designio de complacencia o identificación con el interés del consultante.

Recayendo los dictámenes en todos los asuntos jurídicos importantes que afectaron al Estado y sus Organismos Autónomos, durante su Jefatura de más de 30 años, a petición del Gobernador Civil, el Delegado de Hacienda, y los de los demás Ministerios, que con tantos y variados nombres han sido.

Así como en la promoción de los conflictos jurisdiccionales e inter-administrativos, defendiendo a la Administración del Estado de las invasiones competenciales de los Tribunales, en unos casos, y de las otras Administraciones, sobre todo la Autonómica, después de la Constitución.

– Fue muy relevante su presencia en los órganos colegiados que tenían al Abogado del Estado, como Vocal. Sobre todo en el Tribunal Económico-Administrativo, del que es Secretario ahora, y en su tiempo, antes del Reglamento de 26 de noviembre de 1959, era Secretario y Vocal Ponente. Y en el Tribunal de Contrabando, antes y después del Texto Refundido de 1964. Y aún en el Jurado Provincial de Expropiación, desde la Ley de 1954, que lo creó, superando el sistema del tercer perito, y presidido por el Magistrado que designe el Presidente de la Audiencia correspondiente, lo integró, con, entre otros vocales, un Abogado del Estado de la respectiva Delegación de Hacienda, asumiendo según la Exposición de Motivos la representación de los interiores financieros y fiscales de la Administración. Y, añadido yo, el acierto valorativo, por su experiencia gestora del Impuesto de Derechos Reales y sus sucesores que atendían al verdadero valor de los bienes y derechos transmitidos apreciado en un expediente de comprobación de valores, a disposición del organismo, fortalecido por la presencia de un Notario, el funcionario técnico de la Administración expropiante y un representante de la Cámara de la Propiedad o la Abogacía.

– Miguel Coll, cuya adaptación al cambio legislativo que la Constitución supuso favoreció su gran cultura jurídica (hasta el punto de haber podido ser, si hubiera aceptado el ofrecimiento, el primer Jefe de la Abogacía del Estado en el Tribunal Constitucional, y, después de su jubilación, ser nombrado, como jurista de reconocido prestigio, miembro del Consell Consultiu de la Comunidad Autónoma), fue un conocedor exhaustivo del Derecho público y privado, como corresponde al defensor en juicio del Estado, en su personalidad única y actividad en todos los ámbitos de la vida económica y social.

Estaba dotado de una memoria prodigiosa y una intuición privilegiada, y perjeñaba con gran rapidez sus razonamientos desde los puntos de vista mas acertados y completos, exponiéndolos oralmente con brillantez.

Fue un auténtico jurisconsulto (algo más y distinto de un operador jurídico, de los de cortar y pegar que las nuevas tecnologías han favorecido). Sin ningún fárrago y mucha quintaesencia, como pedía Garrigues en el

Prólogo de su Curso de Derecho Mercantil citando a Baltasar Gracián. Fue el jurisconsulto que evocó él mismo, cuando, refiriéndose a Francisco Noguera Roig, en su necrológica, recordó a Savigny, que dijo que tal es quien al interpretar la ley acierta a ser órgano de la conciencia real, de modo que sabe integrar en todos los casos dudosos o defectuosos la universalidad del Derecho. Y fue también el jurista, de que habló en la necrológica de Francisco Téllez: que no es científico sino sabio, como los juristas prácticos romanos y los autores del Código, que no lo eran, sino personas dotadas de sabiduría, experiencia, buen sentido y aptitudes para la legislación.

Fue, como dijo Félix Pons, comentando el Libro en su homenaje, antes citado, el ejemplo paradigmático de estos juristas portadores de cultura jurídica, y transmisores de los sistemas conceptuales básicos, que, sacudidos por los grandes procesos de cambio, a pesar de todo, laten en el fondo de las nuevas leyes. Juristas cuya desaparición hará perder la memoria de un depósito de ciencia y conocimientos jurídicos que nos son indispensables.

Por ello hablar con él de Derecho, o de cualquier otro tema, era una inmersión en el sosiego y la serenidad. Toda su vida fue un discurso inteligente. Y un libro abierto, sin haber escrito ninguno. Habiendo sido en esto conmigo muy generoso, encontrando o perdiendo tiempo en hacerlo. Miguel Coll hizo del estudio del Derecho y de la aplicación de la Ley, al Estado y a quienes le encomendaron sus asuntos, su verdadera y única profesión, en la que puede decirse sin hipérbole, alcanzó, al margen de otras consideraciones y distinciones, el reconocimiento del foro balear. Cuando fue Abogado del Estado y cuando dejó de serlo, y se aplicó a su despacho. Uno de los de antes, cuyo reclamo era la confianza que inspiraba y el éxito que obtenía, y de los pocos que todavía existen, en los que todos los temas, desde los más completos e importantes hasta los más insignificantes, se estudian, analizan y defienden personalmente. Con ayuda de pocos colegas, como en nuestro caso la de su hijo Miguel, al final.

Despacho, oficial o particular, siempre con arraigo en el lugar. De los que yo llamo in situ, y no on line. De los de donde se da la cara. De principio a fin, antes y en el juicio y en todas las instancias, con todas las consecuencias y responsabilidad universal.

Siempre fue un jurista de carácter. Dijo de él, en una presentación que le hizo el Decano del Colegio Notarial José Manuel de la Cruz Lagunero, que era celoso de sus derechos y firme en sus convicciones. Lo que, sin duda, debió comprobar profesionalmente, y así era, y fue, hasta el día de su muerte.

A propósito de ello, después de su muerte, dijo Rafael Perera (en su calidad de Presidente en funciones del Consell Consultiu de las Illes Balears) que hasta sus últimos días mantuvo incólume la virtud de la

congruencia consigo mismo y con los principios rectores de su vida. Uno de ellos el amor a la profesión. Que, con ocasión del homenaje que se le tributó al cumplir los 90 años, a preguntas de un periodista, aconsejó no lo perdieran los abogados jóvenes, a pesar de que, dijo “da alegrías pero también grandes disgustos”. Estos avatares forjaron su carácter y llenaron su vida profesional. Quedándose, como mejor recuerdo, los de sus años de Abogado del Estado, por su referencia última al interés general y el servicio público.

Y otro principio rector de su vida fue la honestidad, que, cuando, contra todos los principios, fue puesta en duda por algunos, públicamente y en los medios de comunicación, defendieron del mismo modo, Rafael Perera y Rafael Gil, académicos y amigos, destacando la tenacidad, seguridad y fortaleza de carácter. Notas sin las que otro, antes de que se disiparan oficialmente, habría sucumbido. Lo que no hizo, fiel a sí mismo, conservando su energía y su estilo. Confiando en la justicia y con el temple del patrón, al timón de la embarcación, ante la tormenta, como navegante que había sido.

Y es que, como ya dije en una nota necrológica (que, invitado por el Decano del Colegio de Abogados, redacté y fue publicada en la revista Mister) “herido de muerte por su última enfermedad y presionado por algunos a abandonar su cargo jurídico más relevante y alto, el de Presidente del Consell Consultiu, por prejuicios que se demostraron injustificados, guardó silencio y siguió trabajando estoicamente hasta el último día. Como los árboles que mueren de pie”.

Palma, 6 de noviembre de 2008.

## **2.- SESION NECROLÓGICA EN RECUERDO DE ANDRÉS RULLÁN CASTAÑER.**

Se celebró el 19 de febrero de 2008 e intervinieron los Académicos Rafael Perera Mezquida y Bartolomé Sitjar Burguera.

### **PARLAMENTO DE RAFAEL PERERA MEZQUIDA.**

– Excmo. Sr. Presidente de la ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION de BALEARES.

– Excmo. Sr. Decano del Ilustre Colegio de Abogados.

– Excmo. Sr. Presidente de Honor de esta ACADEMIA y Presidente del

Consell Consultiu de les Illes Balears, Don Miguel Coll Carreras.

- Excmo. Sr. Presidente del TSJB.
- Honorables Señores.
- Ilustrísimos Señores.
- Compañeros Académicos.
- Señoras y Señores.

Puedo asegurarles que no me resulta fácil abordar el recuerdo y la semblanza de mi entrañable amigo y maestro Andrés Rullán en el acto que estamos celebrando.

Y ello, sencillamente, porque él ha sido mi referente en mi años –ya muchos– de ejercicio profesional.

En el quehacer diario del abogado son muy frecuentes las dudas. (Y quien no lo reconozca así, o no dice la verdad, o es un soberbio).

Pues bien, yo puedo decir, sinceramente, que en todas mis muchas y frecuentes dudas (¿he de aceptar, o no, este caso?; ¿he de utilizar, o no, esta prueba?; ¿he de echar del despacho a cajas destempladas a este cliente, o debo reprimirme?), me he preguntado siempre: “¿qué haría Andrés Rullán en este caso?”.... Y... tal reflexión me ha dado siempre una gran luz para decidir.

Fácil es, pues, comprender que mi proximidad y mi afecto a Andrés Rullán no facilitan la objetividad y la ponderación, que necesariamente debe tener esta intervención en este solemne acto.

Andrés Rullán Castañer, a quien hoy rendimos homenaje, –digámoslo de entrada, y en aras de la debida rigurosidad– no era, en realidad, a su fallecimiento, “académico de número” de nuestra Academia. Y... no lo era –y en ello quiero poner el acento–, sencillamente, porque había renunciado al honroso puesto. Y... había renunciado porque, en un momento determinado, entendió, y así nos lo manifestó, que “otro jurista podría llevar a cabo mejor que él la labor que él realizaba en la Academia”, decisión, por cierto, de la que varios académicos intentamos –en vano– disuadirle.

Un gesto, de extremo honestidad, que en unos tiempos –como los presentes– en que, como sabemos, lo frecuente es buscar los honores, las medallas, las distinciones y las prebendas y hasta dar codazos para los primeros puestos o para “salir en la foto” y en que nadie renuncia a lo que tiene... un gesto, digo, que merece especial ponderación, porque patentiza

una calidad humana y una exquisitez intelectual verdaderamente excepcionales.

Fue, sin duda, por todo ello, por lo que todos los miembros de la ACADEMIA, por absoluta unanimidad, acordamos, a raíz de su fallecimiento, dedicarle la “sesión necrológica” prevista en los Estatutos: Y ello no sólo por sus méritos como fundador que fue de esta Academia, sino también, precisamente, por este gesto (infrecuente y honroso) de su renuncia.

Gesto que quiero enlazar, y enlazo, con otro, que, igualmente, nos aproxima a la personalidad de Andrés y que, por ello mismo, me resisto a silenciar en este acto: Cuando, a raíz de haberle sido concedida por el Gobierno de España –muy merecidamente– la Cruz de Honor de San Raimundo de Penyafort (la más preciada condecoración a que puede aspirar un jurista), se estaba preparando un gran homenaje en su honor –al que tenía prometida su asistencia el Ministro de Justicia– y él (Andrés Rullán ) tuvo conocimiento de los preparativos, puso el veto rotundo al proyecto (dejándonos en la estacada a los que estábamos organizándolo), y pidió (yo diría, exigió) que, lejos de alharacas y homenajes públicos y oficiales, le fuese impuesta la condecoración en un acto privado e íntimo, a celebrar con sus ex-pasantes y colaboradores exclusivamente.

Y..... efectivamente,... así se hizo: En el curso de un almuerzo, en un hotel muy discreto, al que asistimos casi un centenar de ex-pasantes y amigos íntimos, Bartolomé Sitjar Burguera, a la sazón decano del Colegio de Abogados, le impuso la preciada condecoración, en nombre de la Corporación, con gran emoción, por cierto, de Andrés, que dijo sentirse muy honrado y orgulloso de que precisamente uno de sus ex-pasantes fuese quien le impusiera la medalla correspondiente.

Dos gestos, a los que he aludido de entrada, que, aunque para alguien no tengan más categoría que la de simples anécdotas, entiendo que son significativos, porque dan la auténtica talla humana de una persona; y, desde luego, hacen verdad aquello de que la modestia y la sencillez son la credencial de los grandes hombres.

---

Conocí, de vista, a Andrés Rullán, cuando yo tenía 17 o 18 años, una noche de domingo, en el tren de Sóller, en vía de regreso de un excursión que

un grupo de amigos habíamos hecho al Puig de L'Ofre en nuestra Sierra de Tramontana. En el mismo tren viajaba un joven de unos treinta o treinta y tantos años, materialmente cargado de expedientes, carpetas papeles, libros...que, además, leía, consultaba y ordenaba, pese al traqueteo del tren. Todo lo cual ciertamente llamaba la atención.

Alguien me dijo: "Este es el abogado Rullán, que los domingos hace despacho en Sóller". Ni que decir tiene que esta primera imagen de Andrés Rullán dejó en mí una impronta de un Rullán tremendamente trabajador y volcado sin límites en su profesión.

Un puñado de años más tarde, –habiendo tenido la suerte de poder integrarme en el grupo de pasantes que Andrés Rullán tenía en su despacho de la Plaza de España– pude apreciar –pudimos apreciar los que en él tuvimos la oportunidad de convivir– no sólo su extraordinaria capacidad de trabajo sino también su rigor intelectual, su exhaustividad en el estudio de los asuntos que tenía entre manos y su visión certera de la problemática jurídica..., todo ello envuelto –hay que decirlo enseguida– en un clima de humanidad difícilmente superable. Porque Andrés Rullán, cuando estudiaba o enfocaba un asunto, o llegaba a unas conclusiones, nos hacía partícipes de ello –de sus dudas y de sus certezas– como un verdadero maestro.

Peculiar era, por otro lado, su obsesión por el estudio de la Jurisprudencia, que –decía él– era "el arma insustituible de todo abogado". Lo que le llevó a organizar y mantener en su despacho unas sesiones semanales, a través de los años y de los numerosos pasantes que tuvo, en las que, cada uno de los que a ellas asistíamos, aportábamos 5 fichas-resúmenes de sentencias recientes del Tribunal Supremo, las cuales, semana tras semana, eran comentadas por los presentes, y luego, eran objeto de reflexiones –siempre luminosas– de parte del maestro. Una tarea, formativa y pedagógica, muy importante, desde todos los puntos de vista. Tarea, por cierto, que se ha perpetuado a través de los años, y que aún pervive hoy, de la mano de quien fue su entrañable amigo, y es excelente abogado, el querido compañero Vicente Autonell Reig.

Una tarea –hay que decirlo a renglón seguido– que, sin duda, fue el germen y la prefiguración de una Escuela de Práctica Jurídica: Uno también de sus proyectos más ambiciosos del que le oímos hablar infinidad de veces: Proyecto que, si no pudo ver llevado a cabo durante el periodo en que presidió el Colegio de Abogados, sí le sirvió de motivo de gran satisfacción –años después– cuando pudo constatar que uno de sus ex-pasantes (el ya citado Bartolomé Sitjar) –siguiendo sus huellas– consiguió llevar a cabo

la realidad esplendorosa de lo que hoy es la actual “Escuela de Práctica Jurídica “ de nuestro Colegio.

---

Andrés Rullán –hay que destacarlo enseguida en este rápido zapping por algunos de los pasajes de su vida– tuvo clientes importantes y llevó asuntos de gran calado, con repercusiones en la sociedad mallorquina. No es desvelar ningún secreto el recordar, como un simple ejemplo, ¡cuánto tuvo que ver, como abogado que fue de Juan de Saridakis y de sus herederos, en el hecho de que el Palacio de Marivent sea, hoy, la residencia de verano de SS.MM. los Reyes de España!.

Andrés Rullán Castañer fue, pues, –sin duda– para los que compartimos con él muchas horas de trabajo, una persona entrañable y un abogado excepcional, que tuvo, además, –y permítaseme el inciso–, Señoras y Señores, el acierto de integrar en su despacho, como socio, a un excelente compañero y gran amigo, prematuramente desaparecido: Andrés Llompart Marqués. De quien, de pasada, quiero recordar, como elogio, que, a raíz de su fallecimiento, otro compañero, ilustre por muchos conceptos, y no menos querido amigo, Félix Pons Irazazábal, le dedicó un entrañable artículo (que se publicó en la prensa local) con un título exhaustivamente significativo: “Un hombre necesario”.

---

Y..... el recuerdo y el concepto que de Andrés Rullán –como venía diciendo– tenemos sus más próximos, estoy seguro, que es compartido por cuantos tuvieron ocasión de conocerle.

Como botón de muestra de que ello es así, una persona de prestigio insuperable, como jurista y como hombre, gran amigo que fue de Andrés Rullán, a quien conoció profundamente, y que nos honra con su presencia en esta sala..... Me estoy refiriendo a D. Miguel Coll Carreras, ha querido escribir un comentario sobre el homenajeado, del que entresaco –y les leo– sólo unos párrafos, significativamente elocuentes:

**“..... la figura del compañero fallecido quedó tan marcada en el historial de nuestro Colegio de Abogados que, con el**



**tiempo, se agrandará, y será recordada por los profesionales de tiempos futuros. [ .....] Con él, mantuve infinidad de conversaciones concernientes a temas jurídicos. En esos “trances” uno no sabía si se llevaba la palma la seriedad en el tratamiento de los problemas o el afán de perfeccionamiento y extensión en la temática abordada.”**

---

La impronta de una trayectoria ejemplar marcó, también, Andrés Rullán en su paso por el decanato del Colegio de Abogados.

Rullán fue elegido decano (como candidato único) en las elecciones habidas a finales de 1971.

Eran tiempos predemocráticos, nada fáciles.

Cuenta el Prof. Román Piña, en su “Historia del Colegio de Abogados” –y lo traigo a colación como simple anécdota– que una de las primeras cosas que hizo Andrés, en su decanato fue descolgar el cuadro del General Franco que presidía el salón del Colegio y sustituirlo por el óleo de D. Antonio Maura, Colegiado de Honor de nuestra Corporación.

Pero... pronto –recuerdo yo– tuvo ocasión Andrés de demostrar su temple, con motivo u ocasión de las quejas de los abogados que nos dedicábamos al Derecho Penal..., que nos encontrábamos frecuentemente con el problema de que la Policía Armada (los antiguos “grises”) –encargada de la conducción y custodia de los presos que acudían a juicio a la Audiencia– no nos dejaban comunicar con ellos en el intervalo entre su llegada al Palacio de Justicia y el inicio del acto del juicio oral; Quejas que el Decano supo asumir y hacer suyas y, tras negociaciones nada fáciles a nivel judicial y con el Gobernador Civil, –... en aquellos tiempos preconstitucionales, en los que los derechos fundamentales no eran precisamente el punto fuerte en nuestra nación...–, consiguió solventar satisfactoriamente.

Rullán fue valiente, también, en adoptar una postura radicalmente abolicionista de la pena de muerte, a la sazón vigente en España. (Muchos de los que estamos aquí recordamos, entre otros detalles, un almuerzo colegial, en el Hotel Nixe, de Cala Mayor, al que asistió Fernando Herrero Tejedor, su gran amigo de juventud, que había sido Fiscal General (entonces se le llamaba Fiscal del Tribunal Supremo) y entonces era Ministro del Gobierno, comida en la que Rullán, en un brillante parlamento, abogó por la supresión de la pena de muerte. Y ello, insisto, en unos momentos en que

estaban en las mentes de todos condenas a muerte y ejecuciones muy sonadas.

Rullán, asimismo, (además de promover numerosos actos culturales, como las “Jornadas de Derecho Foral”, de grata memoria), se preocupó, desde su cargo, de la realidad viva del ejercicio profesional y concretamente de conseguir mejoras importantes para los abogados de Baleares y, en general, para los abogados españoles: Una de ellas tuvo por objeto la consecución de las llamadas “vacaciones judiciales” en el mes de agosto.

Hoy, los abogados jóvenes, y no tan jóvenes, consideran muy normal que el mes de agosto sea inhábil, que en él no corran los plazos procesales, y que se puedan disfrutar de vacaciones durante dicho mes. Pero lo cierto es que hasta que Andrés Rullán no consiguió materializar su idea (buscando adhesiones a la misma, a todos los niveles) y moviendo cielos y tierra, a través de sus contactos en el Consejo General de la Abogacía, en la Junta de Decanos y (me consta) a través de su entrañable amigo Fernando Herrero Tejedor; .... hasta que todo esto no tuvo lugar, ello no era así.

Y la anécdota está en que, en el año 1973, en el que había trabajado intensamente en el tema, al acercarse el verano de dicho año, y comprobar que sus esfuerzos no habían dado fruto, hizo imprimir unos carteles, que fueron repartidos a todos los colegiados de Baleares (para que éstos los fijasen en sus salas de espera o en las puertas de sus despachos), con el fin de crear un clima favorable al cese de la actividad profesional en dicho mes de agosto: Carteles –que pretendían mentalizar a los propios profesionales y crear diríamos una demanda colectiva– que no llegó a ser necesario utilizar porque el BOE de el 18 de julio de 1973, publicó, efectivamente, el Decreto Ley del día 17 anterior, (por cierto con entrada en vigor al día siguiente de su publicación), declarando inhábiles todos los días del mes de agosto: ¡Andrés Rullán había conseguido su objetivo!. Y recuerdo, al respecto, que, años después, en una conferencia en el Colegio de Abogados de Madrid que dio Ramón Montero Fernández Cid, a la sazón magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (muy recordado seguramente por muchos de Vdes por su larga permanencia en Palma, en el Juzgado de Instrucción nº 1) se refirió, en relación con diversos temas profesionales, al referido Decreto Ley de 17 de Julio de 1973, denominándolo “Decreto Rullán”, por cuanto había transcendido a los ámbitos de la abogacía y de la judicatura españolas, el trabajo de Andrés en pro de la promulgación de dicho Decreto.

---

Rullán, en otra vertiente, puso todo su temple y su empeño en el ámbito del Colegio de Abogados de Baleares, en la consecución de una sede digna,

en propiedad, para el Colegio; y, luego, en trazar las líneas maestras de la estructura organizativa del propio Colegio.

Los más veteranos recordamos que, hasta entonces, el Colegio había tenido su sede en la Calle San Bartolomé nº 12, junto al Banco de España, en un sombrío local, arrendado, de penoso aspecto. Fue Andrés quien –tras organizar una campaña de suscripción de bonos de 10.000 Ptas entre los colegiados (que tuvo plena acogida)– consiguió comprar el local, muy digno, de la calle Morey nº 24, que costó 32.200.000 Ptas, local en el que, por espacio de 28 años, tuvo su sede el Colegio. Adquisición que representó un hito importante en la vida colegial y que, sin duda, fue el precedente de que, años después, gracias al empuje y tenacidad de otros dos decanos, Bartolomé Sitjar y Lorenzo Ros, hayamos podido disfrutar del magnífico edificio en el que todos Vdes se encuentran y en el que el actual timonel Juan Font Servera (con su Junta de Gobierno) ha sabido instaurar y hacer funcionar una multiplicidad de actividades impensables en tiempos pasados. Todo ello –pienso yo– gracias a la semilla y a los cimientos que sembró y asentó Andrés Rullán Castañer.

---

Por último, Señoras y Señores, otra faceta importante a destacar en la vida y en la personalidad de Andrés Rullán (que trasciende y rebasa ampliamente el periodo durante el que fue Decano de los abogados de Baleares) –y es, por ello, que quiero abordarla separadamente– es la relativa a su dedicación –yo diría, más exactamente, a su preocupación– por la deontología profesional..... para “afinar” en la concreción y en la aplicación de los principios éticos de la abogacía y para llegar a elaborar más ambiciosamente– un Código de Buen Comportamiento de los Abogados (que es la obra que él tenía in mente).

Tarea que, ...inició durante su decanato, con dedicación muy intensa, y que, después, continuó (sin cesar) .... prácticamente hasta su fallecimiento.

Como soporte o presupuesto de sus reflexiones e investigaciones al respecto, Andrés Rullán, quiso, desde el principio, con el rigor que caracterizaba sus trabajos, conocer y estudiar, de primera mano, las reglas y criterios de “comportamiento profesional” vigentes o aplicadas en el ejercicio de la abogacía a nivel mundial. (¡Se dice pronto!).

Y, así, acometió la labor ingente de documentarse en fuentes originales, a cuyo fin contactó por escrito con todas las embajadas y representaciones

diplomáticas de España acreditadas en países extranjeros; interesando le obtuvieran y remitieran las bases, reglas o códigos de comportamiento profesional vigentes en los respectivos países.

¡Y consiguió lo que quería!, por cuanto llegó a reunir información (directa o indirectamente) de cerca de 90 países!. Con la sorpresa, por cierto, –como él dejó escrito– de que pudo constatar que la mayoría de los países del mundo (incluidos los de culturas muy distintas a las occidentales) cuentan con normas escritas sobre “comportamiento” de los abogados.

Información obtenida, que él fue estudiando y sistematizando en multitud de folios, fichas y extractos, como materia prima de su obra en ciernes.

Y hay que destacar, al respecto, Señores, que toda esta información Rullán la ha dejado perfectamente sistematizada, ordenada y conservada. Concretamente, en tomos encuadernados: Así, en un primer tomo –que tengo yo aquí, y que Vdes pueden ver– están recogidas las cartas de contestación recibidas de los representantes diplomáticos de España: Aquí están las cartas de Manuel Fraga, a la sazón embajador en Londres, Pedro Cortina, en París, Sebastián de Erice, en Ancara, Guillermo Nadal, en Nueva Delhi, Miguel de Lojendio, en Viena. Y otras muchas más. Y ..... en otros 34 tomos están los originales de los códigos o reglas recibidos, ello junto a unos archivadores que, en su lomo, llevan un rótulo curioso: “Ininteligibles”, en los que se contienen código o normas de Japón, China y numerosos países del mundo árabe, escritos en grafías francamente inaccesibles (pendientes por tanto de traducción).

Todo este material está en poder y posesión –y es conservado cuidadosamente– por Margarita, la extraordinaria mujer de Andrés, y por sus hijos. Lo conservan por cuanto ellos tuvieron mucho que ver –y por ello lo conservan, con toda razón– en el trabajo de Andrés: Trabajo que restó muchas horas a su vida familiar y que ellos posibilitaron con su comprensión y su paciencia. Por ello, pues, ellos –dicho sea incidentalmente– merecen ahora, también, nuestro afecto, nuestra admiración y nuestra gratitud.

Pero, por otro lado, no es menos verdad que todo este material ¡tan valioso! ..... (y ahora me dirijo especialmente al Decano de nuestro Colegio, que comparte conmigo este estrado), debería –cuanto antes– ser microfilmado o escaneado cuidadosamente, para incorporarlo al archivo del Colegio.

Y ello, Decano, no solamente para enriquecer el fondo de dicho archivo colegial, sino, sobre todo, y principalmente, para que las nuevas generaciones de abogados sepan y conozcan que existió un hombre –que se

llamó Andrés Rullán Castañer— enamorado de su profesión, que, además de ser un gran abogado, dedicó su tiempo y sus esfuerzos a algo tan loable como es trabajar para “injertar” la ética y la deontología en la profesión. Y que, por ello, y por su ejemplar trayectoria, se convirtió en un espejo en el que podrán y deberán mirarse las generaciones de futuros abogados.

---

Y estoy terminando.

Pero.... las precedentes pinceladas sobre la personalidad del homenajeado quedarían incompletas sin una referencia a una aspecto que ¡me consta! que, para él, era sustancial: Su fe. Andrés Rullán fue un hombre creyente ... un hombre profundamente religioso. Fue (utilizando la expresión que empleó el Prof. Pérez Ramos, en un acto parejo al presente, refiriéndose a un ilustre académico también fallecido) fue un humanista cristiano.

Reciedumbre cristiana de Andrés Rullán que debemos entroncarla, sin duda, con su militancia, en su juventud, en el movimiento llamado “Acción Católica”: Organización en la que trabajó intensamente y en el seno de la cual contribuyó a la fundación de los conocidos “Cursillos de Cristiandad” (que han dado la vuelta al mundo) secundando a su gran amigo de juventud Eduardo Bonnín. Y .... Reciedumbre que le llevo a ser coherente (—¡Oh, la virtud de la coherencia!—) y a imprimir en todos sus actos y en toda su vida un sentido cristiano de la solidaridad y de la amistad, que se sobrepuso a su gran humanidad.

Indicio o destello de todo ello son dos anécdotas de su vida que reflejan y confirman cuanto estoy diciendo:

Una de ellas (que, pese al transcurso de los años, conserva su interés), se centra en el gesto de apoyo humano y moral que Andrés Rullán tuvo con dos personas que se encontraban en trance especialmente difícil: Dos personas que habían sido condenadas a muerte y que iban a ser ejecutadas, al amanecer de determinado día, en el patio de la antigua prisión de Palma, que estaba situada, como los viejos recordamos, junto a la Iglesia de los Capuchinos, cerca de lo que hoy es el Mercado del Olivar.

Y Andrés Rullán y otra persona (el ya citado Eduardo Bonnín) decidieron, por simple razón de humanidad cristiana, acompañarles en sus

últimas horas, arropándoles en lo que pudieran: Un gesto que sólo elogios merece. Y ..... obtenidos los correspondientes permisos, así lo hicieron, pasando con ellos toda la noche.... Hasta que, al llegar el alba, —cuenta Andrés en una narración escrita del hecho— se retiraron (él, su amigo y un capellán) a la capilla de la prisión, mientras que —a muy pocos metros, en el patio—, el verdugo llevaba a cabo (por el procedimiento del garrote vil) las dos ejecuciones, pudiendo oír ellos los ruidos que el tétrico artillugio producía en su funcionamiento.

La segunda anécdota tiene como protagonista a un ilustre compañero, que está en esta sala y a quien he pedido permiso para contarla: Se trata de Ignacio Ribas, que en su día fue pasante de Andrés Rullán.

La anécdota se sitúa en la tarde/noche del día 23 de febrero de 1981, día en el que, como muchos de Vdes. recuerdan, Tejero y sus secuaces perpetraron un golpe de estado, secuestrando, a tiros, el Congreso de los Diputados y el Gobierno de la Nación.

Ignacio Ribas era, a la sazón, un destacado líder del Partido Comunista de las Islas Baleares. Se había presentado para alcalde de Palma en las primeras elecciones democráticas, en las listas del P.C.. Y era, entonces, primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Palma.

Yo he pedido a Ignacio Ribas que él, personalmente, narre a Vdes lo sucedido. Y él me ha enviado una nota, de la que voy a leerles el principal párrafo, ¡sin añadir comentario alguno!:

**“Apenas habían transcurrido 20 minutos desde que se tuvo conocimiento de los graves hechos protagonizados por Tejero, sonó insistentemente el timbre de mi casa. [ .....] Era Andrés Rullán quien llamaba. Al abrirle, le vi fatigado: Denotaba que había llegado apresuradamente hasta mi domicilio [.....]. Me dijo que mi significación política me hacía correr un grave riesgo en aquel momento: Que mi libertad y mi seguridad estaban en peligro si triunfaba el golpe de estado; y que venía a darme toda la protección y apoyo que estuviera en su mano. Y me ofreció reiteradamente ocultarme en su caso el tiempo que fuera necesario, hasta que se restableciera el orden constitucional. Insistiendo, muy preocupado, una y otra vez. [ .....] Le agradecí su gesto, solidario y valiente, y su prueba de amistad y cariño. Pero .... decliné su invitación, porque creí que debía permanecer en contacto con el equipo de gobierno municipal reunido en Cort. Y ... así se lo manifesté. Nos despedimos con**

**un fuerte abrazo. Nunca olvidaré, mientras viva, el gesto de Andrés.”**

---

Señoras y señores:

Desde la emoción y el recuerdo a Andrés Rullán Castañer, la ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION DE BALEARES le rinde homenaje de afecto y respeto y hace votos para que su ejemplo nos sirva a todos de estímulo y acicate.

Nada más.

Muchas gracias.

### **PARLAMENTO DE BARTOLOMÉ SITJAR BUGUERA.**

Como ha quedado patente, después de la espléndida exposición de mi compañero y condiscípulo en la escuela-pasantía de Andrés Rullán, poco me queda añadir.

Primero, porque, hace unos meses lo recordé en la forma más sincera y sencilla, al publicar en la revista Misser, el artículo necrológico que me encargó el Decano del Colegio de Abogados, como homenaje a Andrés, y, en el que me reitero. Segundo porque mi presencia hoy en esta mesa se debe a la gentileza de mis compañeros de la Academia al considerar que dada mi relación con Andrés, acompañara a Rafael en el ofrecimiento de este homenaje.

Recordar a Andrés y las vivencias a su lado es interminable. Rafael, hoy, y yo en el artículo indicado hemos hecho una semblanza de las características más importante sobre la personalidad humana y profesional de este gran hombre y Abogado.

Quedan muchas enseñanzas a recordar. Voy a centrarme, brevemente, en dos:

– Comprensión: Resalté en mi artículo el respeto para las discrepancias que le unía con terceros. Entre estos terceros incluía también a los compañeros y a mí.

Era de todos conocidos que mi admiración hacia Andrés y nuestra fuerte amistad se basaba también en visiones discrepantes de la vida jurídica y en su gran comprensión. Las discrepancias no eran esenciales como las que fundamentaban la amistad de Horacio y Virgilio, sino accidentales y meramente formales, pero que difícilmente otro maestro hubiera comprendido y aceptado.

En mi primera entrevista, en la que me aceptó como pasante, al informarme del horario, que era toda la semana incluidos los sábados de nueve a dos, le pedí me dispensara de los sábados. Su mirada de incredulidad me hizo suponer que pensaba que era defensor de la semana inglesa, lo que su laboriosidad no admitía, en aquellas fechas. Le expliqué, que recién llegado a Palma, y siendo mi zona de contactos, por nacimiento y estancia Santanyí y la zona de Manacor, monopolizados profesionalmente por Antonio Puerto y Damián Barceló necesitaba introducirme en mercados nuevos, era para mí importante disponer de los sábados para asistir a las reuniones de los comerciantes de Mallorca en C'as Mahonés (rincón de la Plaza Mayor verdadera Lonja y Universidad Comercial en aquellas fechas), al objeto de con la ayuda de un familiar intentar pescar algún cliente.

A pesar de su cara de circunstancias, fue comprensivo y me dejó librar los sábados. Pasados unos meses me preguntó como estaba el mercado, informándole que intentaba educar a los comerciantes en la necesidad de firmar contratos, ya que todas las transacciones se regían por las leyes y costumbres del apretón de manos. Ellos eran fieles a los principios romanos del “pacta sunt servanda” y al de la compilación de los Emperadores Diocleciano y Maximiliano de que un hombre es libre de contratar o no, pero cuando contrata ha de cumplir lo pactado. Aquella fe en la palabra dada presagiaba un negro porvenir a la entonces proyectada Facultad de Derecho. (El cambio de la actividad agrícola a la turística resolvió el problema).

En aquellos momentos en que profesionalmente estaba prohibida la más mínima publicidad incluso indirecta, me di cuenta que para Andrés era difícil asimilar aquel incipiente marketing al que yo me dedicaba los sábados.

Para Andrés, que por su formación y su forma de ser, la Abogacía era un sacerdocio, siguiendo la definición del Digesto, que llama, a los abogados “sacerdotes porque cultivamos, trabajamos, nos ennoblecemos al servicio de la Justicia” se encontraba con un pasante muy apreciado a quien también le encantaba el Derecho Romano para quien la Abogacía era el Digesto y Ulpiano, pero acompañado de la realidad, agresividad y sentido común de Sancho Panza.



Y me comprendió, lo respetó y se alegró cuando mis prospecciones sabatinas dieron resultados positivos, con el encargo de varios contratos de arrendamiento, entre ellos uno que mediáticamente está hoy al día que era el arrendamiento de un local para la pelea de gallos en la Punta hoy Capitán Salom (carretera de Soller) y el desahucio por no uso de un local de alquiler de “carritos de mano” (Aquellos carros de transporte empujados por el hombre)

Siempre le agradecí su comprensión aceptando que mi pasantía tuviera dos partes: de lunes a viernes según el Digesto y los sábados a lo Sancho Panza. Comprensión que se hizo más agradecida, cuando, una vez terminada la pasantía, Sancho Panza superó al Digesto.

– Independencia: Otra de las grandes lecciones de Andrés en la que no sólo estuvimos de acuerdo sino que la hice bandera de mi profesión y de mi Decanato es la Independencia del Abogado. Él nos enseñó que el Abogado depende de sí mismo, es el hombre libre en toda la extensión de la palabra, a nadie tiene que dar cuenta, no tiene otro señor que el Derecho.

Nos enseñó que la libertad y la independencia son los pilares de la dignidad.

Esta enseñanza general tuve yo el privilegio de recibirla en clase particular. La situación fue la siguiente:

Llevaba dos años y medio de pasante y tuve una propuesta de un grupo empresarial para trabajar únicamente para ellos, (en aquellas fechas no era frecuente que las empresas tuvieran un abogado en plantilla a tiempo completo) La propuesta para un incipiente abogado era atrayente. Lo comenté con Andrés y me dio uno de sus grandes consejos: Procura no trabajar nunca para un solo cliente, ya que la estabilidad es ficticia, al durar lo que dura y sobre todo no pierdas nunca la independencia intrínseca al ejercicio de la Abogacía. No permitas que se limite tu libertad profesional y económica. Para defender tu dignidad, necesitas independencia.

Creo que este día se fundieron el Digesto y Sancho Panza y rechacé la propuesta.

Esta lección de Andrés caló tanto en mí que aún hoy cuando la mayoría de abogados y las instituciones de Abogados han dejado de ser independientes y han renunciado a ser “algo” todos juntos, yo sigo defendiendo la independencia del Abogado, como algo consustancial. Sé que mis compañeros me consideran un pesado con mi reivindicación, pero es uno de los principios que Andrés nos enseñó que eran irrenunciables, y como tal lo he asumido: Sin independencia no hay Abogacía.

También en la independencia está la dignidad y orgullo de la toga, esencia de todas las virtudes del Abogado y la herencia que nos ha dejado Andrés y que debemos cuidar.

Una vez más, Gracias.

### **3.- SESIÓN NECROLÓGICA EN RECUERDO DE JOAN VIDAL PERELLÓ.**

Se celebró el 21 de noviembre de 2005 e intervinieron los Académicos Antonio Pérez Ramos y Bartolomé Sitjar Burguera.

#### **PARLAMENTO DE ANTONIO PÉREZ RAMOS.**

Excelentísimos Señores, Ilustrísimos Señores,

Señoras, Señores:

Cuando para la presente Sesión necrologia, en memoria de Juan Vidal, nuestra Academia de Legislación y Jurisprudencia me encomendó este breve parlamento, lo acepté complacido, como un honor, pero también con una doble preocupación, a saber, la de no repetirme en la homilía que pronuncié en su misa funeral; y la de no estar a la altura de tejer la semblanza que merece tan ilustre personaje. Dos escollos que trataré de sortear, en lo posible.

Por lo demás, fui yo mismo quien escogí el título de la disertación: JUAN VIDAL, humanista cristiano.

Propósito que llevaré a cabo, ciñéndome a unas coordenadas que pienso dan la dimensión, siquiera aproximada, de un hombre, al que, como dijera el poeta, nada de lo humano le fue extraño; y de un creyente, que estuvo en todo momento comprometido con la causa del Evangelio, a tono con la singularidad de esta bendita tierra que le vio nacer y con la interesante hora histórica que le tocó vivir.

Huelga, por otra parte, advertir que no voy a explicar ante tan distinguido y culto auditorio los conceptos de humanismo y de humanista, que aplicaré al homenajeado. Tan sólo situarnos en que fue un fenómeno cultural que se proyectó desde los siglos XIV al XVI, cuando el humanista –llamémosle vocacionado– se definiera por la pulcra corrección de su estilo, y el “humanismo” por llevar en su entraña el preciosismo, el esmero, la

dedicación incesante, según el encargo de Horacio nocturna versate manu, versate diurna.

Me importa también señalar que aquellos humanistas del Renacimiento, si sometemos lo por ellos pretendido a un sereno juicio de intenciones, en realidad de verdad no se oponían al cristianismo de su época ni lo contradecían en lo más mínimo, sino que lo que verdaderamente intentaban era completar y ensanchar el horizonte de una Iglesia emergente de los claroscuros del medievo —más oscuros que claros— con un decidido retorno a las fuentes de la antigua sabiduría, traída de manos de unos homines novi que encabezaban en Italia Petrarca y Dante Alighieri.

Humanismo renacentista que cristalizara en resultados admirables, como una pedagogía, base de la revolución cultural; la exaltación del evangelismo como philosophia Christi y como modo de vida que promovió Erasmo de Rotterdam; el descubrimiento de la función civil de la religión y de la tolerancia religiosa predicada por Tomás Moro; y la integración del legado del mundo clásico de Atenas y Roma— en el acervo de lo fundamental cristiano, por lo que aquella cultura entrañaba de bueno, de justo y de la genuina verdad del hombre, de su origen, de su destino, de su ideal de Trascendencia.

De ahí el florecer de disciplinas típicas de aquella edad dorada: la poesía, la retórica, la historia, la moral, la política, por obra y gracia del humanismo y de los humanistas de aquel Renacimiento por excelencia, y de cuantos desde entonces han cultivado las esencias renacentistas hasta nuestros días. Pues bien, Señoras y Señores, he ahí el esbozo de cómo quiere ser mi acercamiento esta tarde a la figura de Juan Vidal Perelló: como de puntillas, desde los ocos del corazón.

Empezaré por el Vidal pedagogo, enseñante, diciendo de él que hizo lema de su docencia y que cumplió, con la mayor naturalidad y fidelidad, el ideal de todo maestro: “contemplata aliis tradere”. Empeño que ejerció con justeza, con precisión académica, con una profesionalidad admirable. De ello pueden dar buena cuenta sus incontables alumnos, especialmente los de derecho, a lo largo de su docencia en nuestra Universidad.

Quienes le trataron de cerca pueden dar cumplida razón de los saberes de nuestro humanista de pro acerca de los clásicos de la antigüedad y en particular de la fluidez de su latín escrito y hablado; sin dejar por ello de adentrarse en los idiomas modernos. Erudición que se extendía a los campos de la historia, de la filosofía, de la literatura y de las llamadas específicamente ciencias del hombre. De donde lo acertado de su consulta; y lo ameno de su tertulia. Y la gozosa sensación que experimentaba el visitante de su vasta biblioteca, que bien podría ser llamada con palabras de Costa y

Llobera, oh festival del pensament!.

Gran lector, por lo demás, de las más diversas materias, los libros fueron siempre sus compañeros inseparables. A modo de solaz y hasta de refugio para que sus sueños no quedaran fríos, que dijera el poeta. Al tiempo que estaba abierto al universo mediático que le hacía estar al día de las noticias más destacadas de la actualidad, sobre todo en el devenir social, político y en lo eclesial.

Con todo, su gran pasión fue la música, llegando a ser virtuoso del piano, cuya carrera estudió con la Profesora Concha Vilella y con el Prof. Joan Moll. Y también, composición, con los Profesores Joan Maria Thomas, Jaume Mas Porcel y Antoni Matheu. Fue una dedicación que le ocupó gran parte de su tiempo libre en búsqueda de la perfección en la ejecución de los clásicos. Amén de que, comomusicólogo, fuera autor de diversos goigs. Así en 1959 compuso un Himno a la laegría y en 1994, el poema “Pelegrí” de Jeroni Fito; y “Canciones profanas” de Josep Forteza.

A ello se unió el que desde 1954 Joan Vidal fue organista de la parroquia de Santanyí, su patria chica, tarea que desempeñó durante más de cincuenta años, con gran maestría, de buen grado, desinteresadamente, con auténtica devoción. A fuer de fino artista, perteneciente al número de los llamados –en frase del Vaticano II– a ser maestros de armonía, creadores y testigos de valores, guardianes de la belleza en el mundo, de la que éste tiene necesidad para no caer en la desesperanza.

Et his dictis, otro apunte sobre la rica personalidad del personaje. Otro perfil que complementa y corona al ilustre humanista.

Me refiero a Juan Vidal como un cristiano comprometido, que ejerció la caridad social y política a lo largo de su fecunda vida.

Una caridad que se extendió más allá de las relaciones entre personas, o sea, a la comunidad en la que aquéllas se insertan.

Una caridad que se materializó en la prosecución del bien común en la sociedad y su entorno, donde su compromiso actuó en favor de un mundo más justo y más fraterno, con especial atención a las necesidades de los más pobres. Y todo ello, callada, silenciosa, eficazmente.

Una caridad hecha expresión genuina del amor cristiano en medio de una sociedad globalizada, y dirigida a la remoción de las causas que provocan situaciones de pobreza.

Dimensión social de nuestro pensador cristiano militante y teólogo seglar de vanguardia, que nos autoriza a adentrarnos en la raíz de su cristianismo utópico o de su utopía cristiana. Y eso en la medida en que él,

ya siendo estudiante de teología, descubriera la centralidad de la escatología en las entretelas utópicas de su fe. Feliz descubrimiento operado a partir de los años sesenta, época en que se arió un nuevo horizonte sin fronteras para una Iglésia a punto de perder el tren de la história, y que quería dejar atrás esquemas periclitados de una teología y de una praxis eclesial, ancladas en el pasado.

En tal coyuntura Juan se unió a aquellos cristianos –más bien pocos– que en cenáculos de nuestra tierra osaron desenterrar, rescatar y levantar la bandera de la utopía del reino de la libertad, anunciado por Jesús, llevado de su fidelidad a los orígenes de pobreza y necesidad en nuestro mundo, convencido de que había escogido algo más profundo y eficaz que la caridad meramente interpersonal.

El trató de enrolarse en una Iglésia mas abierta al mundo, más dispuesta a compartir los gozos y las esperanzas con los más pobres, menos aferrada a seguridades y certezas, y que se esforzara en vivir, sin miedos, de cara un futuro cargado de posibilidades.

El optó por una Iglesia que deseaba dejar atrás años de involución, y estaba dispuesta a luchar por la restauración, en línea con lo genuinamente escatológico y por lo tópico por excelencia, al apostar, en el ejercicio de su libertad religiosa, por la vida bajo el lema incipit vita nova.

Con el bien entendido que, cuando hablamos de Juan Vidal y de su incorporación estusiasta al reino de la libertad, no le incluimos en un utopismo mesiánico de carácter mihilista. En absoluto. Sino en el inspirado en el Concilio de Juan Pablo.

El sabía bien que la vida por antonomasia es la que prota del evangelio, una Buena Noticia que no es ningún programa imposible, sino alcanzable, que lleva la garantía cierta de la retribuaición eterna, pero para quien se haya ganado el jornal.

El era harto consciente de la conjuncion misterica de gracia y libertad, que por más de ser cruz para los mismos teólogos, el pueblo llano lo había tratado de itnerpretar sabia y bellamente en los autos savramentales del siglo de oro español.

Al tiempo que era consciente de que si la UTOPIA de Tomás Moro hubiera incluido a éste en sus habitantes, la cosa no habría sido tan sencilla, ya que Moro era un soñador, pero también un jurista, fue canciller d eEduardo VIII, pero también propietario de unas pocas fincas amenazadas por los intereses de la Corona; y que si se endrentó osadamente con el Rey, le tenía miedo, aunque también sentido del humor.

En tal encrucijada nuestro teólogo seglar se quedo con la moraleja del autor de la Feria de Utopías: Que nadie pida a la fe lo que la fe no puede dar. Que nadie pretenda encontrar en ella su seguridad, su instalación, un refugio contra los embates de las aguas. La Isla de Utopía está muy lejos y hay que seguir navegando.

Sí, navegar, por más que arrecieran el viento y la marea, santo y seña que fue de la utopía de Joan Vidal; como los hombres del mar, en unión muy estrecha con cuantos se habían comprometido por la causa del hombre, por la Justicia y por la paz, en la aventura de evangelizar a los pobres.

Sí, Juan Vidal navegó mar adentro, pero no en solitario, compartió los gozos y las esperanzas del Concilio, admiró y siguió a los hombres que protagonizaron la Transición política y la religiosa de aquellos años del primer postconcilio, muchos de los cuales ya arribaron, como él a la otra orilla: hombres de Iglesia –me limito a la de España– como Tarancón, Arrupe, ellacuría; o laicos como Rovirosa y Comín. Y más cercanos a nuestro tiempo y a nuestro lares, con teólogos de nota como el profesor Manuel Bauzá, y con un Obispo tan avanzado en la acción socio-pastoral como monseñor Omedero. Con esos últimos, a nivel de Mallorca, Vidal mantuvo una gran amistad y una leal y estrecha colaboración, sobre todo en los años del Sínodo Diocesano. Colaboración eclesial en la que destacó el entusiasmo y la eficacia de Inmaculada, su ejemplar esposa.

Por último, otra pincelada sobre nuestro malogrado Vidal, como teólogo.

Quiero decir con esto que nuestro buceador en la ciencia de Dios se alistó a una teología encarnada en las realidades terrenas, empezando por la de nuestra iglesia particular, ilusionado en elaborar una original tesis doctoral, que, por desgracia, no llegó a defender, y de la que fue director el Profesor Josep Amengual Batle.

Tesis con el título “Déu en l’obra de Blai Bonet”, paisano doctorando, autor de títulos tan conocidos como “Entre el coral i la espiga”, y “Judas i la primavera”

Tesis que, a mi juicio, prometía ser original sobre manera, sorpresiva, apasionante, sugerente, bella. Yo sólo he alcanzado a saber lo concerniente a su armazón y a las líneas maestras de lo que su autor pretendiera investigar, a través de lo cual cabe intuir lo firme del entramado y la hondura de su nervio teológico. El de Juan, soñador de una Iglesia reformada, con quien mantuve un codo a codo en el curso de la licenciatura en teología que hace años impartí en el Centro de Estudios Teológicos de Mallorca sobre teología y derecho canónico en el ministerio de la Iglesia.

Una Iglesia en la que Juan no fue un hijo rebelde; mejor diré, su

talante tal vez lo pareció, pero con causa; esto es, cuando, ya entrados los años ochenta, un golpe de timón desde Roma fue llevando la Barca de Pedro hacia una restauración que fue interpretada por muchos como un freno y marcha atrás del entusiasmo que en su día despertara el Concilio.

Depurando conceptos, se podía decir que Vidal en su madurez fue un inconformista. Desde luego, un crítico. A lo más, un disonante, pero nunca un cacófono dentro de la Verdad sinfónica de lo eclesial, para usar la expresión de Von Baltasar. Que se mostró preocupado precisamente por una Iglesia preocupante, coincidente con el título de la obra de Rovira Tenas. Que sintió santa impaciencia porque, glosando a Bernard Häring, en la Iglesia muchas cosas todavía han de cambiar. Y que si alguna vez pareció peligrar su fidelidad de católico, no fue por desamor a la Madre glésia, a la que amaba apasionadamente, sino por temor a que se pusiera en entredicho la credibilidad del mensaje evangélico.

Distinguido auditorio:

El punto final a esta Memoria quiero que lo ponga el propio protagonista del día de hoy en la pública y solemne sesión académico que celebramos en su honor. Que sea el mismo quien la cierre con broche de oro, el mismo cuya voz cerró mi homilia funeral de hace cinco largos meses.

Que resuene otra vez en nuestros oídos su misma voz, la de un maestro, la de un oráculo que transmite desde más allá de las estrellas, revelando así la grandeza de su admirable humanismo cristiano, su vena de poeta, su genuino sentido eclesial, su genial esperanza escatológica, su testimonio profético ejemplar.

Al habla, pues, Joan Vidal, en el recuerdo:

“Y es que a uno le gusta la idea de morir en la Iglésia, le gusta la sensación de sentirse parte de la comunión de los santos, de verse acompañado en el camino hacia la consumación el plan salvífico de Dios, solidario con Pablo de Tarso y Agustín de Hipona, con Jacopone da Todi y el poverello,, con San Juan de la Cruz, con Charles Péguy y Gabriel Marcel y con todos los innumerables anónimos que a la caída de la tarde fueron examinados sobre el amor ¡y aprobaron!.

No queda tiempo para la nostalgia, pero tampoco es momento para echarse a cantar. Revivimos la experiencia vital de los israelitas que lloraban de añoranza de Sión, en pleno desierto, sentados a la orilla de los ríos de Babilonia, colgando de los sauces sus liras y sus cítaras ¿A quién se le ocurre pedirles que canten, prisioneros en tierra extraña; esperamos entre tinieblas que se realice la opción por la vida frente a la muerte que asumimos un día, al abrazar la fe cristiana”

Juan, humanista cristiano: In pace vivas. In aeternum. Alleluya.  
Gracias.

## **PARLAMENTO DE BARTOLOMÉ SITJAR BURGUERA.**

Tras la espléndida y completa semblanza de Juan Vidal, descrita por nuestro compañero Antonio Pérez Ramos, poco queda añadir sobre su forma de ser y estar. A la profundidad de Pérez Ramos, le acompañaré vivencias personales.

Conocí a Juan de pequeño. Era cuatro años menor correteaba por Santanyí, como su pueblo natal, a pesar de haber nacido en Sóller, circunstancia de la que nunca habló.

Le conocí junto a su abuelo, gran músico de facultades innatas extraordinarias que transmitió a su nieto, quién tenía una adoración humana y profesional por él. El adoraba a su abuelo y su abuelo lo adoraba a él. Al ser vecino de mi bisabuela ,nuestro trato era frecuente.

En el piso de la calle Paz acompañamos a su abuelo mientras nos distraía con su música, este trato personal continuó de monaguillo y en el Seminario.

Juan era “viu com una centella”. El verano que el cura del pueblo me encargó prepararle para ingresar en el seminario (él tenía nueve años y yo trece) dificultó mi labor, ya que vivía la música y hacía suyos los primeros conocimientos de Latín a velocidades no programadas, lengua que aprendió perfectamente en los primeros años de Seminario y que siguió cultivando durante su vida.

Yo permanecí más años que Juan en el Seminario, pero teníamos en común, que aquel corsé nos ahogaba.

Necesitábamos aire y volar. Sufrimos las penurias culinarias, climáticas y educativas de aquella edad media en pleno siglo XX, que caracterizaban a aquel caserón del seminario y sus guardianes.

Y tuvimos en común el futuro; en aquellos tiempos, seminarista que dejaba el seminario, seminarista que estudiaba Magisterio.

Cuando Juan tomó su decisión, le pregunté si iba a estudiar Magisterio y me contestó rápido y veloz: no, Derecho.

Años después también yo abandoné, y mi padre muy preocupado por mis años, también me preguntó que pensaba hacer y le contesté, Abogado.

En las dos contestaciones hay una coincidencia, pero con una diferencia



esencial. Yo quería ser Abogado, e iba a estudiar Derecho por necesidad para ejercer la Abogacía, que era mi objetivo.

Para Juan era el derecho en sí; independientemente de la modalidad y especialidad en que se iba a desenvolver.

Él era un obseso del Derecho y de la música.

Con la música disfrutaba y compartía con los paisanos y amigos alegrías y penas. Llevaba años siendo el organista de la parroquia de Santanyí con gran maestría y sobriedad. Me permitiréis que recuerde que él tocó el gran órgano de Jordi Bosch en los funerales de mis padres.

Con el derecho también disfrutaba estudiándolo para después defender sus posturas, a veces con intransigencia, con sus compañeros. Muchos de los presentes sobre todo Notarios recordarán momentos de difícil relación profesional ante interpretación distinta de nuevas leyes y reglamentos, así como la rigidez interpretativa de su equipo en el Registro.

Un día llegué a comentarle que parecía había enviado a sus colaboradores a una escuela fundamentalista dada su falta de flexibilidad.

Su contestación fue que la avalancha registral lo exigía, pero él estaba para aplicar la flexibilidad. Y me dio pruebas de ello.

Todos estamos de acuerdo en que Juan fue un gran Jurista, le ponía de los nervios tanto las infundadas y defectuosas reformas e iniciativas legislativas, como la ignorancia de ciertos profesionales. (Recuerdo entre otras la turbulenta relación con un Juez que le exigía una certificación registral de la titularidad de unas acciones).

Llegué a la conclusión que con las grandes espadas del derecho aumentaba su inflexibilidad, y su postura se debía a la necesidad de afianzar su punto de vista ante las diferentes interpretaciones.

Juan era un Profesional Íntegro que ejerció su trabajo con ahínco y profundidad.

Él aprendió que no se trabaja más por estar más horas en el despacho, sino en organización delegación y colaboración.

Muchos días veía a Juan preparado para irse a Santanyí y al preguntarle por algún asunto pendiente me comentaba que estaba en su cartera de mano para estudiarlo en casa. Juan se iba todos los días a Santanyí con la cartera llena de documentos a calificar.

Él tenía su vida organizada; Santanyí y Registro, y difícilmente se permitía alterarlas.

Formaba parte de su personalidad y pedía respeto por su organización personal y familiar.

Juan intentó infructuosamente llevar sentido común jurídico a la política y (como me reconoció) no solo no lo consiguió sino que salió escaldado como le había yo profetizado. La política no perdona la buena fé, ni la ingenuidad, ni el sentido común.

En cambio él estaba orgulloso de sus aportaciones jurídicas a todos los estamentos que solicitaron su colaboración y en especial del tiempo de Profesor de Derecho civil en la U.I.B.; siendo considerado muy duro por sus alumnos, que ahora se lo agradecen.

Juan era amigo de sus amigos. Él echó una mano a cuantos solicitaron su ayuda, y si eran de Santanyí tenían doble puntuación. El musicó el poema Pelegrí de nuestro compañero de Seminario Jeroni Fito, ya fallecido, y lo hizo por amistad. La amistad era importante.

Nuestra amistad de mayores se basó más en las diferencias que en coincidencias:

El vivía en Santanyí y yo solo iba de visita, (y me lo echaba en cara).

No nos unía la música, pero si el Latín.

No nos unía la política, pero si el diagnóstico de la sociedad balear. Nos unía la defensa del Derecho frente a las leyes y reglamentos, innecesarios y defectuosos; y la lucha contra la falta de preparación profesional.

Nos unía la afición al campo.

Nos unía la amistad, como a Horacio y a Virgilio, fundamentada en más diferencias que coincidencias y que hizo clamar a Horacio ,¡¡Oh,bienaventurados dos amigos!!

Dicen que Juan era demasiado serio, acepto la afirmación cuando hablaba de derecho pero en la relación personal era ameno y le encantaba conversar y compartir alegrías y sino ¿a que vino su himno a la alegría que compuso en 1959, y las tertulias en su casa de Santanyí, y las comidas con amigos? (Yo aún le debo una).

Le encantaba la poesía y creo haber encontrado un poema que resume el ser y estar de Juan entre nosotros y que nos ha resaltado Pérez Ramos.

Es un poema de Lytton Strachey “una vida retirada”: dice:

ya sabéis  
que soy modesto, y mucho. No quiero

oro en abundancia, ni muestras  
de pompa orgullosa, ni poder regio.  
No, solo cosas corrientes y buenas quiero:  
amigos: pocos, amables, sabios;  
una casa en el campo, un bosque  
donde caminar; libros, viejos y nuevos.  
Una vida retirada,  
donde el ocio y el reposo convivan  
con el trabajo; un poco de arte;  
también, quizás, un poco de fama.

Ha quedado patente que tú, Juan, eras un humanista cristiano. Por ello quiero terminar recordando aquel verano del 51, que incluso acompañado por ti, dediqué al poeta latino cristiano Aurelio Prudencio, quién en uno de sus himnos dedicados a la Navidad, dice:

“Corre la miel saliendo de los peñascos, la encina destila  
ungüento gota a gota de su duro tronco, el bálsamo crece a  
una con los tamarindos”

Con este recuerdo, todos, y en especial el mundo del Derecho, te echan de menos.

#### **4.- SESIÓN NECROLOGICA EN RECUERDO DE JUAN BLASCOS SERRA.**

Se celebró el 23 de febrero de 2004 e intervino el Académico Bartolomé Sitjar Burguera.

##### **PARLAMENTO DE BARTOLOMÉ SITJAR BURGUEA.**

Si bien el número de abogados en el año 60 se consideraba familiar (unos 300 en las tres islas) al tratar temas diferentes, el contacto con determinados compañeros, no era asiduo, aunque se mantenía siempre la corrección y, sobre todo, el respeto hacia el colegiado mayor.

Esto me ocurrió con el compañero Juan Blasco durante muchos años: nos conocíamos, yo lo respetaba, pero nunca nos encontramos profesionalmente. En aquellos momentos todos sabíamos todo de todos y lo que sabíamos de Juan era que era bueno –y “vir bonus” en las antiguas leyes significaba ser abogado– era firme y prudente. Además de hombre de bien, era muy

serio, o sea, “de los que te podías fiar”, que siguiendo a Ulpiano: “vivía honestamente, no dañaba a nadie y daba a cada cual lo suyo”. (Honeste vivere, alterum non laedere, jus suum cuique tribuere).

De pronto mi relación distante con Juan se convirtió en cercana y con quien compartí responsabilidades al ser elegido Decano en 1.987. El llevaba tres años de Vicedecano con mi antecesor Juan López Gayá y fue mi guía y apoyo en mis primeros pasos en el Colegio de Abogados, cuya estructura ignoraba totalmente. Mi ignorancia era tal que a los pocos días me informaron que tenía que ir a Madrid a tomar posesión de Vocal del Consejo General de la Abogacía y le pregunté “que era eso”. Reconozco que para mi el Colegio era una entelequía, que estaba aquí y que circunstancias imprevistas me llevaron a presidirlo y el Consejo General un mundo desconocido (en casi treinta años de ejercicio nunca había tenido necesidad alguna de dichas instituciones).

Ante esta caótica situación mía ante la realidad y con unos cuantos vocales que no digerieron mi elección y se instituyeron en oposición a lo político, me encontré con el seny de Juan que me ayudó a dar mis primeros pasos por la vida colegial, completamente desconocida para mi, ya que hasta aquella fecha me había limitado a votar y pagar las cuotas.

En poco tiempo congeníamos; apoyó todas mis iniciativas y me sustituyó con dignidad y profesionalidad, siempre que fue menester. A los dos años terminaba su mandato, le pedí que se presentara a la reelección, pero declinó mi invitación, con la excusa de dejar paso a gente joven.

Juan fue un ejemplo de que el abogado silencioso, trabajador con “seny”, profesional, justo y comprensivo cala entre los compañeros y así sucedió al concederle la insignia de oro del Colegio y cuando en 1.988 creamos la Academia de Jurisprudencia y Legislación y la Junta del Colegio de Abogados tuvo que elegir a sus seis representantes en la Academia, se eligió entre los doce escogidos por los últimos tres decanos a Juan Blasco junto a Miguel Coll, Bernardo Cardona, Miguel Massot, Antonio Puerto y Andrés Rullán.

En la Academia siguió con su hacer callado y efectivo y desempeñó durante años el cargo de Tesorero, hasta que renunciando a otra reelección, tomé el relevo.

La nueva trayectoria de cooperación que Juan y yo iniciamos en 1.987 en el Colegio de Abogados, tuvo su reencuentro y continuación cuando en el año 2.000 fuí elegido académico de número y se le encargó el discurso de contestación al de mi ingreso.

Hoy quiero echar mano de sus palabras para agradecerle la amable

acogida, en justa correspondencia: “he podido calibrar su personalidad como estudioso de la ciencia jurídica, sus profundos conocimientos sobre la materia y su gran formación humanista”.

Esta relación profesional se complementa con una relación personal en momentos difíciles para los dos, cuando nos animábamos mutuamente en la sala de espera de sesiones de radioterapia, donde demostró, a pesar de ser mayor que yo, mejor aceptación de la desagradable situación en que nos encontrábamos. Los dos salimos de aquella prueba con ánimos suficientes para seguir luchando. Allí demostró ser un hombre optimista y así siguió hasta el final con su profesión y su gran hobby que era la lectura.

Hoy recordamos a un Abogado, que ejerció durante cincuenta años. Hoy rendimos memoria y reconocimiento a quien reunió todas las facetas que deben adornar al Abogado.

Hemos dicho ya que fue un profesional Honesto. El tenía la capacidad de escuchar, captar y emitir la llamada de la justicia y en correspondencia se mereció el juicio ético-social a que se hizo acreedor.

Hemos aludido a que fue un hombre Luchador, no sólo como persona, sino también como profesional. Esta es una de las facultades que debe adornar al Abogado. Leemos en el Código Justiniano: “No creemos que en nuestro imperio militen únicamente los que combaten con espadas, escudos y corazas, sino también los abogados, porque militan los patronos de causas que confiados en la fuerza de su gloriosa palabra defienden la esperanza, la vida y la descendencia de los que sufren”.

Los abogados no sólo defendemos el interés particular de nuestro cliente, sino que al defender al cliente, buscamos defender a la sociedad.

Juan luchó por sus clientes y para una sociedad más justa.

El Abogado debe ser Leal o sea responsable ante sí, ante el cliente y ante la sociedad. Una de las cualidades de Juan fué su responsabilidad personal y profesional ante la vida.

Sabedor. En las Partidas se le llama “sabidor” de leyes. En el Digesto se llama a los Abogados “sacerdotes al servicio de la Justicia” para ello hay necesidad de que la sabiduría del Abogado, en temas jurídicos sea ilimitada y para ello, debe ser un Estudioso no sólo del Derecho, sino de la vida, —el Derecho es el reflejo de la sociedad—. Debe tener una sensibilidad fina y sutil ante los problemas de la sociedad. Para el Abogado importa no sólo conocer Derecho, sino conocer la vida. Para ello debe ser un hombre Culto, o sea, tener conocimientos de todas las cosas divinas y humanas. Siempre he defendido que para ejercer de Abogado hay que tener a mano el Derecho

romano y el Quijote. A los principios jurídicos hay que acompañar la realidad de Sancho Panza, o sea la ciencia de la humanidad, para moverse en este mundo novedoso, inconstante y mudable. Juan hizo suya la afirmación de Covarrubias: “Las Leyes se enseñan en la Universidad, pero se digieren en los Tribunales”.

Y Juan era Sabedor, Estudioso y Culto.

Pero al abogado también se le exige que sea un Creador. Desde la información parcial de una de las partes debe aproximarse (crear) a la realidad del caso. Sin este conocimiento de la realidad objetiva, que se crea con los datos recogidos, sazónada con unos destellos de imaginación es imposible defender al cliente, imaginación que debe llegar a la interpretación socio-cultural de la legislación como elemento esencial en que se fundamenta la Jurisprudencia. El, durante cincuenta años colaboró en que en las sentencias se recogiera sus proposiciones de solución en defensa de sus clientes.

Juan, con su estudio constante y con la dedicación completa a la profesión, la vivió intensamente, plenamente, la sufrió y la gozó. Es un ejemplo de que vale la pena ser abogado a pesar de los momentos de incomprensión que, a veces nos producen tanto tribunales como clientes, que nos obliga a actuar sin la venia ni de uno ni de otro.

En 1915 se incendió el palacio de las Salesas, el 4 de Mayo. Se cuenta que cuando empezó el fuego estaba celebrando audiencia pública la Sala Segunda del Supremo y el portero se acercó al estrado y dijo: “Con la venia del señor presidente, el palacio de Justicia está ardiendo”. El magistrado le miró por encima de las lentes de présbita, contestándole: “No dudo de que esté ardiendo, pero sin mi venia”, aunque a continuación suspendiera la vista. El espectáculo duró tres días, por allí pasó todo Madrid, incluido el Rey. El Tribunal Supremo se trasladó provisionalmente a la Casa de los Consejos en el Pretil, junto al viaducto y la Audiencia Territorial a la Casa de los Canónigos.

Juan buscó siempre la justicia por el camino de la sinceridad. Con su entrega profesional a la práctica de las leyes y servicio a la Justicia, hizo suyos los consejos del P. Feijóo en la “Carta de un togado anciano a un hijo suyo recién elevado a la toga”.

Juan llevó con dignidad y orgullo la toga: la de Abogado y la de miembro de esta Academia, símbolo de ambas instituciones, aunque a veces pesa sobre nuestros hombros, pero es siempre el acicate de nuestra ilusión, ya que la toga tiene alma, como dijo el Decano de Madrid, Osorio, al recordar aquellos versos de Garcilaso: “... mi alma os ha cortado a su medida, por

hábito del alma misma os genero”.

La mayor satisfacción cuando llegamos al final, es que se diga de nosotros: fue un Abogado.

Juan fue abogado no sólo en el ejercicio de la profesión, sino también como miembro de esta Academia. Que Dios le tenga en Paz.





# **IX.- INDICE DE LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN LOS NUEVE PRIMEROS BOLETINES DE LA ACADEMIA Y RELACIÓN DE LAS COLABORACIONES DE LOS ACADÉMICOS EN LA REVISTA MISSÈR DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE BALEARES**

**Tomás Mir de la Fuente**

*Este boletín de la Academia, décimo en el número de los publicados, ha venido precedido por nueve boletines anteriores, en los que aparece recogida buena parte de lo que ha sido la actividad académica desde su fundación: discursos de ingreso de los nuevos Académicos y las contestaciones a los mismos en nombre de la Corporación, obras premiadas en las sucesivas ediciones del Premio Luis Pascual González, y, en algunos casos los trabajos finalistas, discursos de inauguración de los cursos académicos, conferencias, etc. . . A la vista de la importancia de todo ello, ha parecido conveniente poder tener una visión de conjunto de estos trabajos y facilitar su búsqueda. De ahí que el actual Secretario de la Academia Tomás Mir de la Fuente haya confeccionado los índices que a continuación se insertan. En ellos se recogen también, por su notable interés, las colaboraciones de los miembros de la Corporación en “El rincón de la Academia” de la Revista Missèr del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, cuya colección completa obra en la biblioteca de la sede colegial.*

# 1º.-INDICE ACUMULADO DE LOS BOLETINES NUMEROS I al IX.

## 1.- INDICE DE ACTIVIDADES ACADÉMICAS.

### a) DISCURSOS DE APERTURA.

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
1989	Tranferencias coactivas de los derechos subjetivos.	Miguel Coll Carreras	I	5 a 15
1994	La potestad sancionadora de la Administración y las garantías constitucionales.	Gonzalo Quintero Olivares	III	49 a 68
1996	La nueva LAU, alguno de sus supuestos más problemáticos y su tratamiento jurisprudencial.	Bernardo Feliu Amengual	IV	13 a 38
2002	Infracciones urbanísticas y Derecho Penal.	Gabriel Garcías Planas	VI	5 a 34
2003	Una reflexió, al començament del segle XXI, sobre la vigència a Mallorca i Menorca dels principis successoris romans.	Miquel Masot Miquel	VII	5 a 33
2007	Desheredación de descendientes por denegación de alimentos (familia, alimentos, legítimas, desheradación).	Raimundo Clar Garau	IX	137 a 152

## b) DISCURSOS DE INGRESO.

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
1989	De nuevo sobre la multipropiedad. Contestación	Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés Andrés Rullán Castañer	I I	33 a 49 51 a 57
1989	La solución de los conflictos entre particulares por causa de las retenciones tributarias. Contestación	Tomás Mir de la Fuente  Miguel Coll Carreras	I I	59 a 79 81 a 89
1989	Status del accionista minoritario en la nueva Ley de Sociedades Anónimas. Contestación	José Zaforteza Calvet  Juan Vidal Perelló	II II	7 a 28 29 a 33
1990	En torno al derecho de propiedad. Contestación	Raimundo Clar Garau Rafael Gil Mendoza	II II	35 a 51 53 a 61
1991	Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva. Contestación	Francisco Javier Muñoz Jiménez  Bernardo Cardona Escandell	II II	63 a 90 91 a 94
1991	Libertad dispositiva mortis causa y el Derecho Civil de Mallorca. Contestación	Jaime Ferrer Pons  Miguel Masot Miquel	II II	95 a 109 111 a 121
1991	Seguridad jurídica y Registro de la propiedad. Contestación	Francisco Téllez Miguélez Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés	III III	17 a 37 39 a 47
1997	El matrimonio canónico en libertad. Contestación	Antonio Pérez Ramos Juan Vidal Perelló	IV IV	39 a 57 59 a 65

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
1997	¿Es posible la unificación del Derecho Penal Europeo? Contestación	Rafael Perera Mezquida	IV	67 a 87
		Gabriel García Planas	IV	89 a 94
1998	La autonomía de la voluntad en las relaciones laborales. Contestación	Miguel Suau Rosselló	IV	95 a 136
		Francisco Javier Muñoz Jiménez	IV	137 a 145
1999	La compensación en los procesos concursales. Contestación	Bartolomé Sitjar Burguera	V	5 a 15
		Juan Blascos Serra	V	17 a 26
2000	Administración y mercado. Los límites de la iniciativa económica pública. Contestación	Félix Pons Irazazábal	V	27 a 59
		Miguel Coll Carreras	V	61 a 71
2003	En torno a los fenómenos inter-normativos: en especial, en el ámbito sucesorio. Contestación	José Cerdá Gimeno	VI	97 a 137
		Raimundo Clar Garau	VI	139 a 151
2005	Consideraciones sobre la cosa juzgada, a la luz de la nueva regulación dada por el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Contestación	Isabel Tapia Fernández	VIII	5 a 54
		Francisco Javier Muñoz Jiménez	VIII	55 a 68
2006	Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión de matrimonio. Contestación	Antonio Monserrat Quintana	VIII	151 a 233
		Jaime Ferrer Pons	VIII	235 a 242
2007	El control jurisdiccional de los reglamentos y la cuestión de ilegalidad. Contestación	Pedro A. Aguiló Monjo	IX	57 a 115
		Tomás Mir de la Fuente	IX	117 a 136

### c) SESIONES NECROLÓGICAS.

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
1995	In memoriam (en la muerte de F. Noguera Roig).	Miguel Coll Carreras	III	5 a 15
1997	In memoriam (palabras pronunciadas en recuerdo de F. Téllez Miguélez).	Miguel Coll Carreras	IV	5 a 12

### d) ESTUDIOS DOCTRINALES.

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
1989	Consecuencias del principio “non bis in idem” en el Derecho Penal.	Gabriel Garcías Planas	I	17 a 31
1992	El Código Civil y su aplicación en el Derecho Civil Balear.	Miguel Masot Miquel	II	123 a 160
1996	La complicada historia de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Compilación del Derecho Civil de Baleares.	Tomás Mir de la Fuente	III	69 a 81
1996	Rasgos de la circunstancia mixta de parentesco.	Gabriel Garcías Planas	III	83 a 103
1999	Influencias del Derecho Privado en el Derecho Público.	Miguel Coll Carreras	IV	147 a 179
2001	Los principios generales del Derecho Sucesorio Balear.	Miguel Masot Miquel	V	73 a 112
2001	Uniones estables de pareja en Cataluña.	Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés	V	113 a 137
2001	Problemas planteados en torno al registro civil del matrimonio canónico.	Antonio Pérez Ramos	V	139 a 164

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
2003	El hecho de las parejas de hecho sin derecho.	Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés	VI	35 a 70
2003	Consideraciones sobre algunos derechos del ciudadano, del administrado y del contribuyente.	Tomás Mir de la Fuente	VI	71 a 95
2004	El recurso de casación civil en materia de Derecho Privativo.	Francisco Javier Muñoz Jiménez	VII	119 a 190
2007	Breves notas sobre el delito de maltrato a animales domésticos.	Gabriel Garcías Planas	IX	171 a 178

#### **e) CONFERENCIAS.**

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
2007	El futuro del Estado autonómico.	Luis López Guerra	IX	157 a 170

#### **f) COMENTARIOS DE SENTENCIAS**

(de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares).

Año	Nº de Autos	Autor	Nº	Páginas
1996	1/1992	Jaime Ferrer Pons	III	109 a 147
1996	1/1990	Miquel Masot Miquel	III	149 a 166
1996	2/1990	Miquel Masot Miquel	III	167 a 190
1996	1/1991	Miquel Masot Miquel	III	191 a 239

**g) PREMIO LUIS PASCUAL GONZALEZ.**

**TRABAJOS PREMIADOS.**

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
2004	La institució pitiusa de l'acolliment en una quarta part del milloraments.	Olga Cardona Guasch	VII	35 a 76
2006	La institución de la “definición” en la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears.	José Antonio Carbonell Crespí	VIII	69 a 113
2007	El sistema de fonts del dret Civil Balear (1990–2006): Estudi amb motiu del projecte de reforma del títol preliminar de la Compilació Balear.	Francesca Llodrà Grimalt	IX	5 a 55

**TRABAJOS PRESENTADOS.**

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
2004	Un impulso al Derecho Civil Balear: Los contornos del Derecho Civil Balear “posible”.	Francesca Llodrà Grimalt	VII	77 a 117
2006	Nota para una regulación del derecho de servidumbre forzosa de paso en Mallorca	Francesca Llodrà Grimalt	VIII	115 a 159

## 2º.- INDICE POR MATERIAS.

### a) SOBRE DERECHO CIVIL DE BALEARES.

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
1992	Libertad dispositiva mortis causa y el Derecho Civil de Mallorca.	Jaime Ferrer Pons	II	95 a 109
1992	El Código Civil y su aplicación en el Derecho Civil Balear.	Miquel Masot Miquel	II	123 a 160
1996	La complicada historia de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Compilación de Derecho Civil de Baleares.	Tomás Mir de la Fuente	III	69 a 81
1996	Comentario a la sentencia nº1 / 1992 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJB.	Jaime Ferrer Pons	III	109 a 148
1996	Comentarios a las sentencias nºs 1 y 2/1990 y 1/1991 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJB.	Miquel Masot Miquel	III	149 a 239
2001	Los principios generales del Derecho Sucesorio Balear.	Miquel Masot Miquel	V	73 a 112
2003	Una reflexió, al començament del segle XXI, sobre la vigència a Mallorca i Menorca dels principis succesoris romans.	Miquel Masot Miquel	VII	5 a 32
2004	La institució pitiusa del acolliment en una quarta part del milloraments.	Olga Cardona Guasch	VII	35 a 76
2004	Un impulso al Derecho Civil Balear: Los contornos del Derecho Civil Balear “posible”.	Francesca Llodrà Grimalt	VII	77 a 117



Año	Título	Autor	Nº	Páginas
2006	La institución de la “definición” en la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears.	José Antonio Carbonell Crespi	VIII	69 a 113
2006	Nota para la regulación del derecho de servidumbre forzosa de paso en Mallorca.	Francesca Llodrà Grimalt	VIII	115 a 159
2007	El sistema de fonts del dret Civil Balear (1990-2006): Estudi amb motiu del projecte de reforma del Títol preliminar de la Compilació Balear.	Francesca Llodrà Grimalt	IX	5 a 55

#### **b) SOBRE DERECHO CIVIL.**

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
1989	De nuevo sobre la multipropiedad.	Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés	I	33 a 49
1990	En torno al derecho de propiedad.	Raimundo Clar Garau	II	35 a 51
1991	Seguridad jurídica y Registro de la Propiedad.	Francisco Téllez Miguélez	III	17 a 37
1996	La nueva LAU, algunos de sus supuestos más problemáticos y tratamiento jurisprudencial.	Bernardo Feliu Amengual	IV	13 a 38
1999	Las influencias del Derecho Privado en el Derecho Público.	Miguel Coll Carreras	IV	147 a 179

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
2001	Uniones estables de pareja en Cataluña.	Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés	V	113 a 137
2003	El hecho de las parejas de hecho sin derecho.	Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés	VI	35 a 70
2003	En torno a los fenómenos inter-normativos: En especial en el ámbito sucesorio.	José Cerdá Gimeno	VI	97 a 137
2006	Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión de matrimonio.	Antonio Monserrat Quintana	VIII	151 a 233
2007	Desheredación de descendientes por denegación de alimentos (familia, alimentos, legítimas, desheredación).	Raimundo Clar Garau	IX	137 a 152

**c) SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO.**

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
1989	Transferencias coactivas de los derechos subjetivos.	Miguel Coll Carreras	I	5 a 15
1994	La potestad sancionadora de la Administración y las garantías constitucionales y penales.	Gonzalo Quintero Olivares	III	49 a 68
2000	Administración y mercado. Los límites de la iniciativa económica pública.	Félix Pons Irazazábal	V	27 a 59
2003	Consideraciones sobre algunos derechos del ciudadano, del administrado y del contribuyente.	Tomás Mir de la Fuente	VI	71 a 95

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
2007	El control jurisdiccional de los reglamentos y la cuestión de ilegalidad.	Pedro A. Aguiló Monjo	IX	57 a 115
2007	El futuro del Estado autonómico.	Luis López Guerra	IX	157 a 170

**d) SOBRE DERECHO PENAL.**

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
1989	Consecuencias del principio “non bis i idem” en el Derecho Penal.	Gabriel Garcías Planas	I	17 a 31
1996	Rasgos de la circunstancia mixta de parentesco.	Gabriel Garcías Planas	III	83 a 108
1999	¿Es posible la unificación del Derecho Penal Europeo?	Rafael Perera Mezquida	IV	67 a 87
2003	Infracciones urbanísticas y Derecho Penal.	Gabriel Garcías Planas	VI	5 a 34
2007	Breves notas sobre el delito de maltrato a animales.	Gabriel Garcías Planas	IX	171 a 178

**e) SOBRE DERECHO PROCESAL.**

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
1992	Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva.	Francisco J. Muñoz Jiménez	II	63 a 90
1999	La compensación en los procesos concursales.	Bartolomé Sitjar Burguera	V	5 a 15

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
2004	Recurso de casación civil en materia de Derecho Privativo.	Francisco J. Muñoz Jiménez	VII	119 a 190
2005	Consideraciones sobre la cosa juzgada, a la luz de la nueva regulación dada por el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.	Isabel Tapia Fernández	VIII	5 a 54
2007	El control jurisdiccional de los reglamentos y la cuestión de ilegalidad.	Pedro A. Aguiló Monjo	IX	57 a 115

**f) SOBRE DERECHO MERCANTIL.**

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
1984	Status del accionista minoritario en la nueva Ley de Sociedades Anónimas.	José Zaforteza Calvet	II	7 a 28
2000	Administración y mercado. Los límites de la actividad económica pública.	Félix Pons Irazazábal	V	27 a 59

**g) SOBRE DERECHO CANÓNICO.**

Año	Título	Autor	Nº	Páginas
1997	El matrimonio canónico en libertad.	Antonio Pérez Ramos	IV	39 a 57
2001	Problemas planteados en torno al registro civil del matrimonio canónico.	Antonio Pérez Ramos	V	139 a 164

### **h) SOBRE DERECHO LABORAL.**

<b>Año</b>	<b>Título</b>	<b>Autor</b>	<b>Nº</b>	<b>Páginas</b>
1988	La autonomía de la voluntad en las relaciones laborales.	Miguel Suau Rossello	IV	95 a 136

### **i) SOBRE DERECHO TRIBUTARIO.**

<b>Año</b>	<b>Título</b>	<b>Autor</b>	<b>Nº</b>	<b>Páginas</b>
1989	La solución de los conflictos entre particulares por causa de las retenciones tributarias.	Tomás Mir de la Fuente	I	59 a 79

### **3.- INDICE DE AUTORES.**

<b>Autor</b>	<b>Título</b>	<b>Nº</b>	<b>Páginas</b>
Pedro A. Aguiló Monjo	El control jurisdiccional de los reglamentos y la cuestión de ilegalidad. Discurso de ingreso Academia.	IX	57 a 115
Juan Blascos Serra	Contestación al discurso de ingreso del Académico D. Bartolomé Sitjar Burguera sobre “La compensación de los créditos concursales”.	V	17 a 26
José A. Carbonell Crespí	La institución de la “definición” en la Compilación de Derecho Civil de Baleares. Premio Luis Pascual González.	VIII	69 a 113

Autor	Título	Nº	Páginas
Bernardo Cardona Escandell	Contestación al discurso de ingreso del Académico D. Francisco Javier Muñoz Jiménez sobre “Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva”.	II	91 a 94
Olga Cardona Guasch	La institució pitiusa de l’acolliment en una quarta part dels milloraments. Premio Luis Pascual González.	VII	35 a 76
Raimundo Clar Garau	En torno al derecho de propiedad. Discurso de ingreso.	II	35 a 51
	Desheredación de descendientes por denegación de alimentos. Discurso de apertura.	IX	137 a 152
Miguel Coll Carreras	Transferencias coactivas de los derechos subjetivos. Discurso de apertura.	I	5 a 15
	In memoriam (en la muerte de D. Francisco Noguera Roig). Sesión necrológica.	III	5 a 15
	In memoriam (palabras pronunciadas en recuerdo de D. Francisco Téllez Miguélez). Sesión necrológica.	IV	5 a 12
	Influencias del Derecho Privado en el Derecho Público.	IV	171 a 179
	Contestación al discurso de ingreso del Académico D. Tomás Mir de la Fuente sobre “La solución de los conflictos entre particulares por causa de las retenciones tributarias”.	V	61 a 71

Autor	Título	Nº	Páginas
Bernardo Feliu Amengual	La nueva LAU, alguno de sus aspectos más problemáticos. Discurso de apertura.	IV	13 a 38
Jaime Ferrer Pons	Libertad dispositiva mortis causa y el Derecho Civil de Mallorca. Discurso de apertura.	II	95 a 109
	Comentario a la sentencia 1/92 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJB.	III	109 a 148
	Contestación al discurso de ingreso del Académico D. Antonio Monserrat Quintana sobre “Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión de matrimonio”.	IX	235 a 242
Gabriel Garcías Planas	Consecuencias del principio “non bis in idem” en el Derecho Penal.	I	17 a 31
	Rasgos de la circunstancia mixta de parentesco.	III	83 a 108
	Contestación al discurso de ingreso del Académico D. Rafael Perera Mezquida sobre “¿Es posible la unificación del Derecho Penal Europeo?”	IV	89 a 94
	Infracciones urbanísticas y Derecho Penal. Discurso de apertura.	VI	5 a 34
	Breves notas sobre el delito de maltrato de animales domésticos.	IX	171 a 178

Autor	Título	Nº	Páginas
Rafael Gil Mendoza	Contestación al discurso de ingreso del Académico D. Raimundo Clar Garau “En torno al derecho de propiedad”.	II	53 a 61
Luis López Guerra	El futuro del Estado autonómico.	IX	157 a 170
Francisca Llodrà Grimalt	Un impulso al Derecho Civil Balear: Los contornos del Derecho Civil “posible”.	VII	77 a 117
	Nota para una regulación del derecho de servidumbre forzosa de paso en Mallorca.	VIII	115 a 159
	El sistema de fonts del dret Civil Balear (1990-2006): Estudi amb motiu del projecte de reforma del títol preliminar de la Compilació Balear.	IX	5 a 55
Miquel Masot Miquel	Contestación al discurso de ingreso del Académico D. Jaime Ferrer Pons sobre “Libertad dispositiva mortis causa y el Derecho Civil de Mallorca”.	II	111 a 121
	El Código civil y su aplicación en el Derecho Civil Balear.	II	123 a 163
	Comentarios a las sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del TSJB 1/90, 2/90 y 1/91.	III	149 a 239
	Los principios generales del Derecho Sucesorio Balear.	V	113 a 137
	Una reflexió, al començament del segle XXI, sobre la vigència a Mallorca i Menorca del principis succesoris romans. Discurs de apertura.	VII	5 a 33



Autor	Título	Nº	Páginas
Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés	De nuevo sobre la multipropiedad. Discurso de apertura.	I	33 a 48
	Contestación al discurso de ingreso de D. Francisco Téllez Miguélez sobre “Seguridad jurídica y Registro de la Propiedad”.	III	39 a 47
	Uniones estables de pareja en Cataluña.	V	113 a 137
	El hecho de las parejas de hecho sin derecho.	VI	35 a 70
Tomás Mir de la Fuente	La solución de los conflictos entre particulares por causa de las retenciones tributarias. Discurso de ingreso.	I	59 a 79
	La complicada historia de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Compliación del Derecho Civil de Baleares.	III	69 a 81
	Consideraciones sobre algunos derechos del ciudadano, del administrado y del contribuyente.	VI	71 a 95
	Contestación al discurso de ingreso del Académico D. Pedro A. Aguiló Monjo sobre “El control jurisdiccional de los reglamentos y la cuestión de ilegalidad”.	IX	117 a 136
Antonio Monserrat Quintana	Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión de matrimonio. Discurso de ingreso.	VIII	151 a 233

Autor	Título	Nº	Páginas
Francisco Javier Muñoz Jiménez	Consideraciones en torno al litisconsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva. Discurso de ingreso.	II	63 a 90
	Contestación al discurso de ingreso del Académico D. Miguel Suau Rosselló sobre “La autonomía de la voluntad en las relaciones laborales”.	IV	95 a 136
	Contestación al discurso de ingreso de la Académica D <sup>a</sup> . Isabel Tapia Fernández sobre “Consideraciones sobre la cosa juzgada a la luz de la nueva regulación dada por el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.	V	5 a 54
	El recurso de casación civil en materia de Derecho privativo.	VII	119 a 190
Antonio Pérez Ramos	El matrimonio canónico en libertad. Discurso de ingreso.	IV	39 a 57
	Problemas planteados en torno al registro civil del matrimonio canónico. Discurso de ingreso.	V	139 a 164
Gonzalo Quintero Olivares	La potestad sancionadora de la Administración y las garantías constitucionales y penales. Discurso de apertura.	III	49 a 68
Rafael Perera Mezquida	¿Es posible la unificación del Derecho Penal Europeo? Discurso de ingreso.	IV	67 a 87

Autor	Título	Nº	Páginas
Félix Pons Irazazábal	Administración y mercado. Límites de la iniciativa económica pública. Discurso de ingreso.	V	22 a 59
Andrés Rullán Castañer	Contestación al discurso de ingreso del Académico D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés sobre “De nuevo la multipropiedad”.	I	51 a 57
Bartolomé Sitjar Burguera	La compensación en los procedimientos concursales. Discurso de ingreso.	V	5 a 15
Miguel Suau Rosselló	La autonomía de la voluntad en las relaciones laborales. Discurso de ingreso.	IV	95 a 136
Isabel Tapia Fernández	Consideraciones sobre la cosa juzgada, a la luz de la nueva regulación dada la artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Discurso de ingreso.	VIII	5 a 54
Francisco Téllez Miguélez	Seguridad jurídica y Registro de la Propiedad. Discurso de ingreso.	III	17 a 37
Joan Vidal Perelló	Contestación al discurso de ingreso del Académico D. José Zaforteza Calvet sobre “Status del accionista minoritario en la nueva Ley de Sociedades Anónimas”.	II	29 a 33
	Contestación al discurso de ingreso del Académico D. Antonio Pérez Ramos sobre “El matrimonio canónico en libertad”.	IV	59 a 65

Autor	Título	Nº	Páginas
José Zaforteza Calvet	Status del accionista minoritario en la nueva Ley de Sociedades Anónimas. Discurso de Ingreso.	II	7 a 28

**2ª RELACION DE LOS ARTÍCULOS DE ACADÉMICOS  
PUBLICADOS EN LA REVISTA MISSÈR.**

Nº	Título	Autor	Páginas
50	Recurso gubernativo contra las calificaciones registrales.	Academia	34 a 37
51	Imputado “para mayores garantías”.	Rafael Perera Mezquida	29 y 29
52	Parejas de hecho fuera de la Ley.	Miquel Masot Miquel	14 y 15
53	Posible nueva interpretación del artículo 4 de la Compilación del Derecho Civil Balear.	Raimundo Clar Garau	12 y 13
54	La figura agraria del mayoral de Ibiza en vías de extinción.	Bernardo Cardona Escandell	32 y 33
55	Sobre responsabilidad patrimonial de los “poderes”.	Miguel Coll Carreras	40 y 41
56	Noticia de una sentencia y una reflexión.	Jaime Ferrer Pons	37 y 39
57	El delito de sustracción de menores. Apunte sobre la última reforma en vigor del Código Penal de 10 de Diciembre de 2002.	Gabriel Garcías Planas	36 y 37
58	La segregación y la construcción en suelo rústico.	Rafael Gil Mendoza	42 y 43

Nº	Título	Autor	Páginas
59	El recurs contra la qualificació registral en materia de Dret Civil propi.	Miquel Masot Miquel	40 y 41
60	Entrada y toma de posesión de los derechos expropiados (y de edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular y locales cerrados sin acceso al público).	Tomás Mir de la Fuente	42 y 43
61	Una muestra de la expansión del Derecho Balear en el ámbito de lo civil.	Francisco J. Muñoz Jiménez	40 y 41
62	Incoherencias de la sociedad nueva empresa.	Félix Pons Irazazábal	42 y 43
64	Puertos deportivos.	Bartomeu Sitjar Burguera	42 y 43
65	Asociaciones judiciales.	José Zaforteza Calvet	36
66	La discriminación por razón del sexo en las relaciones laborales.	Miguel Suau Rosselló	40 y 41
67	La inmadurez afectiva y la incapacidad relativa para el matrimonio canónico.	Antonio Pérez Ramos	40
68	Unas reflexiones sobre las tendencia actuales en el Derecho de la Familia I.	José Cerdá Gimeno	40 y 41
69	De revisiones de oficio y declaraciones de lesividad.	Miguel Coll Carreras	40 y 41
70	Jueces y abogados en la obra Luliana.	Antonio Monserrat Quintana	42 y 43

Nº	Título	Autor	Páginas
71	Meditacions estiuenques sobre la reforma del títol preliminar de la nostra Compilació.	Miquel Masot Miquel	42 y 43
72	La Ley 41/03 y el Derecho Civil Balear.	Jaime Ferrer Pons	42 y 43
73	Esquema informativo sobre la hipoteca inversa.	Rafael Gil Mendoza	38 y 40
74	El derecho de acceso a la Justicia en materia de Medio Ambiente: derechos del “público” y “acción popular”.	Tomás Mir de la Fuente	48 y 50
75	El delito de blanqueo de capitales: Apunte jurisprudencial.	Gabriel Garcías Planas	50 y 51
76	La competencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares.	Francisco J. Muñoz Jiménez	48 a 50
78	Imputado / Inculpado no es lo mismo.	Rafael Perera Mezquida	48 y 49
79	El nuevo recurso especial en materia de contratación.	Pedro A. Aguiló Monjo	48 a 50
80	L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Balears.	Miquel Masot Miquel	46 a 48
81	Los malos tratos, causa de nulidad matrimonial canónica.	Antonio Pérez Ramos	48
82	El derecho de rectificación: una ley anticuada.	Rafael Perera Mezquida	46 y 47
83	Els censos i els alous, novament en el punt de mira.	Miquel Massot Miquel	48 y 49